

LA FAILLITE EN DROIT ITALIEN

NOTIONS GÉNÉRALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée en Décembre 1939

PAR

Lucien ISTEBOU

Ingénieur I. C. A. M. et I. E. G.,
Licencié ès-sciences.

Président : M. ESCARRA, professeur.

*Thèse dispensée de la soutenance en exécution
des dispositions prises par le M. le Ministre
de l'Education Nationale en faveur des étu-
diants rappelés sous les drapeaux.*

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}

158-160, RUE SAINT-JACQUES

1939

LA FAILLITE
EN DROIT ITALIEN

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA FAILLITE EN DROIT ITALIEN

NOTIONS GÉNÉRALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée en Décembre 1939

PAR

Lucien ISTEBO

Ingénieur I. C. A. M. et I. E. G.,
Licencié ès-sciences.

Président : M. ESCARRA, professeur.

*Thèse dispensée de la soutenance en exécution
des dispositions prises par le M. le Ministre
de l'Education Nationale en faveur des étu-
diants rappelés sous les drapeaux.*

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}

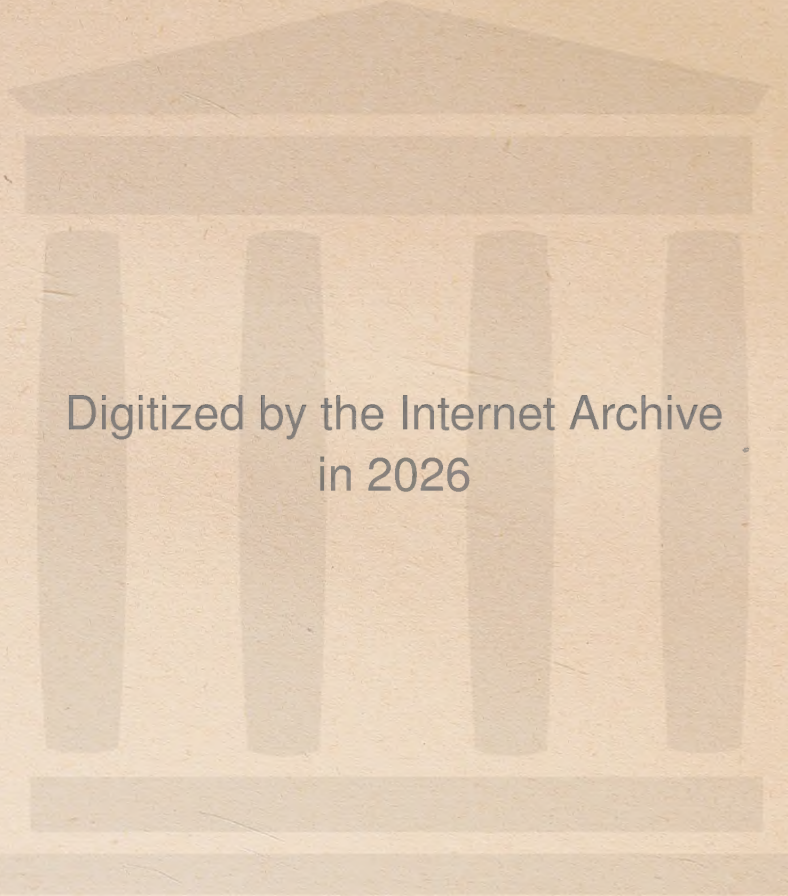
158-160, RUE SAINT-JACQUES

1939



A MON PÈRE ET A MA MÈRE

IN MEMORIAM



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

CHAPITRE I. — *Conception italienne de la faillite.*

CHAPITRE II. — *Observations générales et plan.*

CHAPITRE PREMIER

CONCEPTION ITALIENNE DE LA FAILLITE

1. — « Quand le patrimoine de l'entreprise, à la suite d'événements insurmontables dont il a été victime, — comme par exemple l'impossibilité soudaine d'en réaliser les éléments, ou plus souvent encore, la violation de la loi du crédit commercial, l'abus de ce crédit, l'impéritie ou la faute du chef — se révèle dans l'impossibilité de compter sur ses forces actuelles ou sur les ressources concrètes des biens à venir pour satisfaire intégralement les créanciers, il y a là, pour le législateur, une obligation impérieuse d'enlever à cette entreprise toute raison et toute possibilité de se maintenir davantage ; et en présence, non point d'une inexécution isolée, mais d'une véritable impuissance, d'une perte dont les créanciers seront certainement frappés, la défense individuelle de chacun d'eux n'est plus admissible, car elle produirait des résultats intolérables et iniques ; le maintien du débiteur dans la possession et la libre disposition d'un patrimoine incapable de subsister, maintien qui justifie les actions individuelles, serait sans but et serait la source d'un préjudice et d'un danger plus grave. Il faut une rigoureuse tutelle collective qui écarte ces éventualités ; à l'exécution forcée individuelle, il faut substituer une exécution collective, qui, modifiant les éléments, les moyens et la direction de la précédente,

conduit à la réalisation du patrimoine et à la répartition entre les créanciers¹... »

La liquidation de l'actif, suivie de la distribution, est l'idée souveraine et fondamentale du législateur italien ; c'est là sa première préoccupation dans le temps, et nous en retrouverons la trace tout le long de la procédure.

2. — La faillite est un « fait social, constaté et discipliné par la loi, mais non créé par cette loi ; le magistrat, dans son jugement, ne fait pas autre chose que de permettre à la faillite de produire les effets généraux et objectifs exigés par la défense de la collectivité² »... Et il ne s'agit pas seulement de la masse des créanciers, mais du groupe social : « C'est le droit et le devoir de l'Etat de réaliser l'égalité de traitement. Dans la tendance de chaque créancier à faire valoir intégralement son droit, il y a le germe d'un conflit latent qui peut revêtir les formes les plus menaçantes et les plus démoralisantes. Nous sommes en dehors de la sphère d'un intérêt privé orienté vers la réalisation d'une obligation, mais sur le terrain même de la défense de la circulation des biens. Si l'Etat n'intervenait pas, si l'action discordante des créanciers devait conduire à tromper la bonne foi des créanciers ignorants ou moins vigilants, l'acceptation d'un crédit serait moins confiante, et la vie des affaires moins rapide et moins féconde. De nombreuses opérations commerciales à terme se nourrissent de la certitude d'une réglementation légale et impartiale, quels que soient les événements de la vie patrimoniale du débiteur, du concours de tous les créanciers... Tant que cette situation reste dépourvue de sanctions, il est facile de prévoir qu'elle conduit à de nombreuses résistances dans l'octroi du crédit. Il en

1. « Trattato di diritto fallimentare secondo la nuova legislazione », par Avv. Umberto NAVARRINI, professore ordinario di diritto commerciale nel R. Istituto Superiore Commerciale di Roma, édition 1934, tome I, n° 4. C'est à cet ouvrage notamment que nous renverrons le lecteur dans le cours de cette étude.

2. *Ibidem*, n. 6.

résulte fatalement une difficulté dans la conclusion des contrats, une tendance inévitable à les compliquer de garanties encombrantes et incompatibles dans un certain sens avec la nécessité d'une économie commerciale élastique : fatale aussi serait la contraction des affaires, ainsi que le resserrement de la circulation des biens, entraînant immédiatement l'amenuisement de la vie collective. C'est dans ce sens qu'on parle de la *par condicio creditorum* comme du caractère spécifique de la procédure de faillite ¹. » Ce caractère n'exclut d'ailleurs pas les causes légitimes de la préférence.

Le juge italien déclare les faillites parce que c'est une nécessité de la vie commerciale ; il faut que les fournisseurs sachent que le Tribunal ne fera pas le jeu des créanciers plus entreprenants, que la faillite sera déclenchée dès que le patrimoine commun apparaîtra en danger, et non point lorsque quelques-uns auront épuisé l'actif pour se couvrir. Le Tribunal a un rôle tutélaire à jouer pour ne pas tuer le crédit, âme de la prospérité commerciale ; la faillite est une institution de sauvegarde du crédit.

3. — Il est logique que le patrimoine du débiteur serve à la satisfaction des créanciers, dans sa totalité complexe ; que tous les créanciers soient appelés, créanciers civils et créanciers commerciaux ; que les biens acquis pendant la faillite renforcent le gage commun. Il est normal que le débiteur soit privé de la libre disposition de ce patrimoine et de son administration, que les éléments frauduleusement aliénés réintègrent l'actif de la masse, toujours dans l'intérêt général ; que l'action des organes créés par la loi remplace celle des créanciers poursuivants, que le droit de chacun se transforme surtout en un droit à un dividende, que la liquidation ne soit pas embarrassée par les dettes non échues, que la déchéance du terme soit appliquée ; nous

1. CANDIAN, dans « Rivista dir. comm. », 1933, I, 158 et suivantes, et « Riv. Dir. proc. civ. », 1931, I, 234 et suiv. cité par NAVARRINI, *ibidem*, page 8, en note.

retrouvons dans ces observations les caractéristiques de notre loi.

Le principe de l'unité du patrimoine trouve une application facile lorsque tous les biens se trouvent dans l'intérieur des frontières de l'Etat, mais certaines difficultés se présentent lorsque les biens et les créanciers sont répartis sur des territoires différents. Il y a les partisans de l'universalité ; d'autres défendent le système de la territorialité qui respecte les moyens d'exécution, propres à chaque Etat ; enfin, une thèse intermédiaire adopte le premier système quand il s'agit de biens meubles, et le deuxième pour les immeubles. L'école italienne, dit Navarrini ¹, adopte le principe de l'universalité, qui, dans les rapports dont il s'agit, s'impose « comme un concept strictement juridique, synthétisant l'unité du patrimoine, l'unité de responsabilité correspondante, et la nécessité fondamentale d'une égalité de traitement entre tous les créanciers qui ont couru les risques du débiteur commun ». La solution pratique du problème consiste dans l'*exequatur*, et le projet Bonelli du Code de commerce avait prévu que « sauf dispositions contraires internationales, les mêmes règles seraient appliquées dans les rapports avec les Etats étrangers » ; mais « que les mesures en matière de faillite ne pourraient donner lieu à des actes d'exécution dans l'Etat étranger sans l'*exequatur* préalable de la Cour dans le ressort de laquelle on entend procéder ». Le projet actuel de réforme a adopté des dispositions symétriques dans le cas d'un jugement de faillite déclaré en dehors du Royaume. Actuellement, est en vigueur entre la France et l'Italie, une convention en date du 3 juin 1930, qui a fait l'objet d'un décret d'application en date du 22 novembre 1933 ².

1. *Ibidem*, n. 10.

2. Voir le texte de cette convention et une étude sur l'ensemble des conventions diplomatiques en matière de faillite, dans le tome III de l'ouvrage de M. PERCEROU, édition 1938, « Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires ».



4. — La loi italienne est inspirée, nous venons de le voir, par le souci de défendre d'abord la masse des créanciers contre les agissements possibles de certains d'entre eux ; elle se place ensuite à un point de vue général ; la protection du crédit dont vit l'activité commerciale. Mais elle s'élève encore à un plan supérieur, l'intérêt de la nation, dans son sens le plus large.

« La faillite, telle qu'elle a été organisée, soit en cours de l'histoire, soit dans les législations modernes, entraîne fatalement avec elle la destruction, la disparition d'une entreprise. L'observation est d'importance. Les intérêts particuliers ne sont plus en jeu ; ils sont dépassés et dominés par l'intérêt collectif, par l'intérêt de l'économie nationale, sur laquelle la vie ou la mort d'une entreprise commerciale peut avoir des répercussions qui ne sont pas à négliger. La vie et la mort d'une entreprise : l'intérêt collectif peut affirmer ses exigences dans un double sens. Il est en jeu et il impose la disparition de l'entreprise qui n'avait pas su vivre, et qui n'avait pas la possibilité de vivre, en abusant du crédit plus ou moins longuement, et exagérément ; ceci exige un système rapide et énergique de moyens qui réparent de la manière la plus efficace, dans les limites du possible, le trouble produit, et empêchent qu'il se renouvelle. D'autre part, il se pourrait en effet que le bien public soit intéressé à la conservation plutôt qu'à la disparition de l'entreprise défailante, chaque fois que le désastre qu'elle a subi ne la rend pas indigne et incapable de se ressaisir et de vivre, quand elle présente des éléments de reprise effective ; en pareille circonstance, la faillite est plus préjudiciable que les maux auxquels elle doit pourvoir¹. » Le souci de réhabiliter le failli par un concordat n'entre guère en ligne de compte ; l'intérêt national a la primauté dans la série hiérarchique des

1. NAVARRINI, *ibidem*, n. 16.

valeurs : traitement équitable des créanciers, tutelle du crédit, *salus populi*.

5. — Et l'idée directive du législateur italien bifurque à ce moment dans deux directions. Il est impossible de renflouer l'entreprise, le patrimoine a été dispersé injustement, il faut établir la situation, la procédure est d'ordre public, l'intérêt individuel s'efface devant l'intérêt général, les organes de la faillite doivent être organisés en conséquence : c'est un problème de *répression*. Mais il vaut mieux *prévenir* que guérir : la difficulté se fait ici délicate, presque insurmontable ; l'entreprise devrait subir l'ingérence de certains organes, en supporterait le contrôle à sa naissance et au cours de son développement : c'est le problème de la liberté de l'individu et de l'emprise de l'Etat contrôleur. La question a été longuement agitée au cours de l'élaboration de la loi du 10 juillet 1930 qui a apporté au droit de la faillite italienne de profondes modifications. Des articles ont été publiés et les titres sont suffisamment évocateurs des tendances : « Le régime de la faillite et l'organisation corporative » sous la signature de Pragali¹ ; « l'organisation corporative dans le commerce et la procédure de faillite », par Chieffo² ; « La conception fasciste de la faillite », par Penazzo³. La thèse générale a été exposée au cours des travaux parlementaires par le sénateur Longhi :

« Le désintéressement de l'Etat pour une discipline préventive du commerce se comprenait dans le passé, quand prédominaient les principes d'une économie absolument libérale, principes dont l'application nous a, en grande partie, guéris. La production... est laissée à la libre initiative du particulier, mais, si la production fait défaut ou devient insuffisante, l'Etat intervient. Et, dans ce but, il faut faire de la politique réaliste, et chercher

1. « Diritto e pratica commerciale », 1929, I, 521.

2. « Commercio », 1930, 42.

3. « Ragionere professionista », 1930, épuisé.

quelles sont les causes des faillites. Et il faut à mon avis, pour cela, lire les rapports des curateurs, et même ceux des magistrats auxquels, périodiquement, on les demande. Or, les causes sont presque toujours les mêmes : le commerce s'est épuisé lui-même. Il commence sans capitaux, il continue sans capitaux, et sans capitaux il finit. Tout ceci est connu de quelques-uns, de beaucoup même, mais ignoré par plus de gens encore ; et il arrive ainsi que beaucoup d'ingénus, d'ignorants, ou simplement de mal informés, ou trompés par les apparences, se précipitent dans le gouffre... »

6. — Voilà le mal à combattre ; la plupart des commerçants français ont souffert du même mal ; pour sortir du rang, pour essayer de se hisser à un plan supérieur, on se lance sans fonds de roulement, et, au premier accroc, à la première défaillance d'un client, défaillance dont est souvent complice l'indulgence du juge, la décadence s'ébauche, puis s'accélère. Quels seraient donc les remèdes ? Ils doivent s'inspirer des mesures de précaution déjà prises pour des activités bien déterminées ; leur développement est subordonné à une autorisation préalable, qui se fonde sur les qualités de moralité de l'entrepreneur et l'existence certaine de capitaux :

« ...L'autorisation de caractère moral et financier est effectivement exigée pour les sociétés d'assurances, pour les agents de change, pour les Caisses d'Epargne. Le Conseil des Ministres, l'autre jour, a approuvé la présentation d'un projet de loi qui se réfère aux Caisses rurales et réclame des contrôleurs pour assurer l'observation des règlements, et, par dessus tout, la mise en sûreté des réserves pour garantir les épargnants. Pourquoi n'en ferait-on pas autant pour toutes les institutions de crédit ?... » Et l'orateur rappelle les ingérences de caractère préventif dans le fonctionnement des sociétés anonymes, et réclame des réformes pour assurer notamment la sincérité des bilans, et l'existence des réserves.

7. — Le député Garelli constate que « dans la vie

convulsive de l'économie moderne, beaucoup d'actes échappent à l'examen psychologique du magistrat » ; il estime qu'il ne suffit pas de réprimer les abus de la faillite, il faut étudier toute une série de règles aptes à réprimer la facilité avec laquelle le commerçant peu consciencieux est porté à la déclaration de faillite ou à la demande d'un concordat préventif ; à assurer un contrôle préventif sur la création des entreprises et leur développement, pour tous les actes qui, concernant par ailleurs des tiers, peuvent influencer sur l'intérêt public... »

Le problème est toujours entier, il demeure à peu près insoluble pour les entreprises individuelles, il se présente sous un aspect plus engageant avec les personnes morales. Il a été amplement débattu, il y a près de dix ans ; la discussion est toujours ouverte. Certains ont souhaité que la liquidation de l'entreprise soit faite par la « Confédération du Commerce ». Le « Comité technique consultatif de la Confédération fasciste des commerçants », plus modéré, propose qu'obligatoirement fasse partie de la délégation des créanciers — délégation qui, nous le verrons, est un des organes de la faillite — un membre de la fédération provinciale du commerce : c'est le contrôle par la profession. D'autres ont suggéré — et c'est là à notre avis où le problème peut être accroché — un contrôle plus rigoureux de l'activité symptomatique du débiteur : la présentation d'un bilan non conforme à la vérité à l'appui d'une demande de crédit serait un délit et non point un mensonge comptabilisé ; la création d'effets de complaisance simplement répétée et non habituelle constituerait un délit, aussi grave que la banqueroute.

La surveillance des signes extérieurs de l'activité du commerçant, et surtout la publicité donnée à ces indices, peuvent être particulièrement efficaces. Le Code italien prescrit déjà la tenue du tableau des protêts au greffe du Tribunal ; nous en parlerons plus loin à propos de la cessation des paiements. Pourquoi ne pas ordonner la création d'un registre des saisies et des ventes et sa

mise à jour par le même organisme ? Pourquoi ne pas autoriser le commerçant à mentionner au registre du commerce les références professionnelles et bancaires qu'il veut livrer au public ?

8. — Ces mesures de prévention seraient de nature à documenter les créanciers éventuels sur la solvabilité du chef d'entreprise, sur sa compétence également à diminuer les crédits inconsidérés, et partant à réduire le nombre des faillites. L'importance du stock est aussi une garantie pour le fournisseur de demain, qui calcule que sa traite viendra à échéance avant que s'épuisent les marchandises ; mais la vérification de cet élément est déjà une intrusion à l'intérieur du patrimoine du débiteur. Des prospections de cette nature, répétées, seraient inquisitoriales, onéreuses, incertaines, et aboutiraient à la paralysie des affaires et au découragement d'initiatives ; le commerce et l'industrie vivent de liberté comme de crédit, s'anémient dans une atmosphère de surveillance étroite ; or ils sont sources de richesses ; la vie économique, dont le dynamisme force tôt ou tard les frontières d'un pays, est un drame aux cent actes divers, elle sera toujours un désordre, car sa complexité exclut une réglementation minutieuse, les défaillances notamment demeurant inévitables ; et le législateur ne peut que limiter le fléau et le hérissier de sanctions.

*
* *

9. — La conception italienne de la faillite se dégage encore des discussions qui se sont instituées autour de la nature du « procès de faillite ». Les auteurs italiens paraissent désigner par le mot « *processo* » tantôt l'ensemble des litiges et des mesures de toute nature qui se rattachent à une institution juridique, tantôt le groupe des moyens de procédure qui aboutit à un événement de nature à modifier la situation juridique d'un patrimoine. « D'importantes discussions se sont instituées autour de cette question. La récente et impor-

tante élaboration scientifique sur le procès d'exécution (*processo esecutivo*), dit Navarrini, a apporté une forte contribution à l'étude du concours (*concorso*), avec, pour résultat, le classement définitif de la faillite dans la catégorie des procès d'exécution (*nel processo di esecuzione*). Certes, tout autour du procès de la faillite, se dessine et se découvre toute une série d'institutions et de règles de droit substantiel (*diritto sostanziale*), qui, à vrai dire, avaient retenu jusqu'ici l'attention particulière de la science ; mais, indiscutablement, l'armature substantielle est de droit « processif » (*diritto processuale*). L'idée que la faillite appartient au droit « *processuale* » n'est pas nouvelle, même chez nous ; mais, l'élaboration scientifique particulièrement pénétrante sur ce point est en réalité très récente, et n'a pas été exclusive d'une période d'incertitude sérieuse et déconcertante¹. » L'opinion du célèbre Bonelli est révélatrice de cet état d'esprit, du dessein obstiné de vouloir intégrer toutes les institutions créées par la loi dans le cadre harmonieusement logique de l'application des conceptions liminaires ; or, la faillite tient à la fois de la réglementation et des principes généraux du droit.

10. — Bonelli voit en effet dans la faillite une phase préliminaire, dont la finalité s'épuise avec le prononcé de la sentence, phase qui se présenterait sous divers aspects « suivant le ressort qui la met en œuvre. Provoquée par les créanciers, elle a toutes les apparences d'une procédure d'exécution (*procedimento esecutivo*) ; provoquée par le débiteur, elle participe à la nature d'une décision juridique volontaire, et paraît amenée par un acte de disposition, analogue à la « *cessio bonorum* » ; si c'est le Tribunal qui prend ses initiatives, elle se présente comme une mesure d'ordre public, rattachée à l'un des pouvoirs de l'Etat. En vérité, la déclaration de faillite ne possède stric-

1. *Ibidem*, n. 12.

tement ou exclusivement aucun de ces trois aspects, elle présente toujours cette triple physionomie, quoique pour certains de ses effets, on puisse et on doit tenir compte encore de ses origines diverses qui justifient respectivement tel ou tel des caractères que nous lui connaissons. « Ce jugement, dans la mesure où il examine, discute et apprécie les conditions exigées pour la déclaration de faillite, est une véritable sentence judiciaire, au moins dans sa substance ; quand il ouvre la procédure de concours et donne les dispositions essentielles pour l'organisation et le fonctionnement de l'institution, il demeure une mesure d'ordre administratif que seul le collège judiciaire peut émettre et qu'aucune autre autorité ne peut rapporter ». — Cette première phase est suivie d'une autre plus complexe, malaisée à définir. Et Bonelli conclut que « la procédure de la faillite est une procédure spéciale et complexe, dans laquelle s'ingèrent des actes et des étapes en rapport étroit avec les formes les plus disparates de la procédure générale, mais qui ne se laisse absorber dans son ensemble par aucune de ces formes ¹ ».

De l'évocation de ces scrupuleuses analyses, d'ailleurs riches d'aperçus multiples, retenons surtout que la faillite est une procédure d'exécution, car elle s'analyse en une convergence de toutes ses activités vers le but final d'exproprier le débiteur de la totalité de ses biens, de les réaliser et d'en répartir le produit d'une manière équitable entre tous les ayants droit ; c'est là le trait essentiel que nous aurons l'occasion de souligner encore. Il fait partie intégrante de la construction italienne dont l'infrastructure politique autant que juridique est à base de protection de divers groupes sociaux. C'est sur ces graves intérêts que le législateur italien fixe son attention ; la remise du débiteur à la tête de ses affaires est une préoccupation de second ordre. La loi du 1^{er} juillet 1930 a renforcé encore

1. *Ibidem*, pages 15 et 16.

cette tendance, en modifiant profondément le développement de toute la procédure, la direction, la structure et le fonctionnement des organes officiels.

*
* *

11. — Le but, les motifs et le domaine d'application de la loi sont nettement indiqués dans le rapport ministériel à la Chambre des Députés notamment.

« Le Gouvernement n'a pas le dessein, par le présent projet de loi, de réaliser cette réforme générale et profonde de l'institution de la faillite, qui pourra s'insérer plus opportunément dans la future révision du Code de Commerce. Il veut seulement par des dispositions peu nombreuses, mais précises et essentielles, remédier aux plus graves inconvénients présentés par la législation en vigueur, devenus encore plus insupportables et plus flagrants surtout dans la phase actuelle de l'évolution nationale.

« Les inconvénients que l'expérience a mis en lumière et qui sont généralement signalés concernent en substance :

a) la négligence fréquente et les abus des curateurs de faillite dans la gestion des biens du débiteur ;

b) la longueur de la procédure qui se complique encore davantage par des procès ;

c) l'absence de tout contrôle sérieux sur les concordats qui terminent les faillites, même avec un pourcentage réduit pour les créanciers, le failli restant en outre sans contrôle durant la phase particulièrement délicate de l'exécution ;

d) le manque de vigueur et la difficulté d'application des sanctions pénales ;

e) les limites trop étroites dans lesquelles est réduite pratiquement l'application de la procédure des petites faillites, étant donné que la limite du passif fixée, dans la loi du 24 mars 1903, à cinq mille lires, est restée invariable, malgré la dévaluation légale de la mon-

naie¹. » Cette loi en effet a prescrit pour les petits patrimoines, ceux dont le passif ne dépasse pas cinq mille lires, une procédure expéditive que nous étudierons à la fin de ce travail.

Il faut donc remédier à l'application défectueuse de la technique, mais un objectif aussi important à atteindre est la rénovation de l'esprit de l'institution ; le ministre vient de le dire, il faut calquer la réforme sur « l'évolution de l'économie nationale », fortifier le caractère d'ordre public de la faillite, centraliser davantage la direction des opérations. Et nous touchons ici du doigt l'empreinte encore chaude imprimée dans la conception italienne de la faillite par la loi du 10 juillet 1930. Nous lisons en effet, dans le compte rendu des débats parlementaires :

« Le présent projet de loi procède d'une plus haute valorisation de l'institution de la faillite comme institution de droit public ; cette valorisation, si elle ne constitue pas une nouveauté au point de vue formel, — parce que la doctrine a depuis longtemps revendiqué le caractère d'ordre public (*publicistico*) de tout le droit de la procédure (*diritto processuale*), et par conséquent de la faillite qui est en substance une manifestation particulière de la procédure d'exécution collective (*processo esecutivo concorsuale*) —, cette valorisation, dis-je, avait toujours besoin d'une énergique réaffirmation législative, parce que, sur le terrain de la pratique, l'intérêt collectif inhérent à la faillite se trouve trop souvent desservi, en raison du libre jeu laissé aux manœuvres tendancieuses des intérêts individuels des créanciers, fréquemment complices du débiteur lui-même.

« Le projet ne porte aucune atteinte aux intérêts individuels des créanciers, et il serait absurde qu'il en fût autrement, parce que la liquidation de la faillite est faite pour les créanciers. Mais, en renforçant les

1. *Ibidem*, pages 35 et 36 en note.

pouvoirs de l'autorité judiciaire, en réorganisant radicalement la curatèle de la faillite, et en instaurant une procédure plus rigoureuse et plus rapide, on élimine d'une part toute indulgence absurde à l'égard du débiteur, et d'autre part on impose, aux droits des créanciers concourants, la discipline plus forte qui s'impose pour la meilleure sauvegarde de leur intérêt commun, qui s'identifie avec la protection du crédit public. C'est en cela que consiste l'empreinte fasciste du projet de loi. »

In limine litis, le législateur italien élève à la hauteur d'une doctrine, la protection de la masse, du crédit, âme du commerce, et des intérêts de l'Etat. Or si la faillite en droit français est une mesure conservatoire, elle n'est plus en général déclarée, par suite de circonstances de tout ordre, que lorsqu'il n'y a plus grand chose à conserver pour la masse : le juge ménage le débiteur, les créanciers lointains ou moins entrepreneurs sont sacrifiés, mais de cette indulgence, le débiteur est la principale victime, car elle le conduit à un état patrimonial sans relèvement possible.

CHAPITRE II

OBSERVATIONS GÉNÉRALES ET PLAN

12. — Les origines romaines de la faillite italienne n'ont rien de spécifiquement italien : la *manus injectio*, la *missio in bona*, la *cessio bonorum*, la *missio in possessionem rei servandae causa* par laquelle le patrimoine du débiteur passait en totalité aux créanciers formant une masse sont les institutions historiques qui ont inspiré le droit italien comme le droit français ; les créanciers nommaient un *magistrat* chargé de vendre le patrimoine, d'abord en totalité, au *bonorum emptor*, successeur du débiteur, avec la mission d'acquitter le passif ou de répartir l'actif sur le pied de la plus parfaite égalité (*bonorum venditio*) ; la *bonorum distractio* était la vente en détail à laquelle procédait le curateur avant la distribution. Si le passif n'était pas éteint, le débiteur demeurait obligé pour le surplus, sous réserve du *pactum ut minus solvatur* ; puis, le concordat naît avec le *pactum de non petendo* et les opérations frauduleuses antérieures sont sanctionnées par l'*actio pauliana*, l'*interdictum fraudatorium*, la *restitutio in integrum*¹.

13. — Au moyen âge, le commerce fut prospère dans l'Italie du Nord, et les institutions commerciales s'affirmèrent et se précisèrent. Brunetti² en dresse un résumé substantiel : « L'intervention du juge dans

1. Pour l'étude complète de la faillite en droit romain, voir « La faillite en droit romain », par VAINBERG.

2. Cité par NAVARRINI, *ibidem*, n. 20.

L'ouverture et dans tout le cours de la procédure, se révéla plus intense en Italie, à la suite de l'institution de tribunaux possédant une compétence presque toujours exclusive en matière de faillite, comme les *Juges des Requêtes* (*Giudici delle petizioni*) et ensuite les *Super-consuls des marchands* à Venise, les *Otto di guardia et balia* à Florence, le *Magistrat des bancs* à Genève¹, le *Magistrat du Commerce* à Naples, le *Consulat du Commerce et du Sénat* au Piémont, etc... La procédure de concours s'ouvrait avec un « édit » du juge... invitant les créanciers du failli à présenter leurs titres dans un certain délai (plus ou moins long selon les circonstances), sous peine de perdre tout droit vis-à-vis de leurs comparses, soit que le débiteur eût avoué son insolvabilité et se fût adressé aux juges, soit qu'il eût proposé de faire une cession de ses biens, soit que les créanciers en eussent demandé la possession, en cas de fuite, de cessation de commerce ou de tout autre signe extérieur de fraude. » La mise sous séquestre du patrimoine du débiteur, l'administration de ce patrimoine par le séquestre général, l'intervention du juge sont formellement prévues par la loi de Venise du 27 mars 1895, le statut du commerce de Bologne de 1599, les statuts de Genève de 1498. La loi de Venise, par exemple, traite du sujet suivant : de *Aliquo Veneto debitorum onere praegravato*. On retrouve dans ces lois, ces règlements, ces statuts qui s'appliquaient, d'ailleurs, aux non-commerçants, les éléments de base de toute la législation moderne en matière de faillite.

*
**

14. — C'est le 30 décembre 1842 que Sa Majesté Carlo Alberto, roi de Sardaigne, de Chypre et de Jérusalem, a donné force de loi au Code de Commerce qui venait

1. Le mot « banqueroute » vient de « banca rotta », banc rompu, le banc du marché était rompu, lorsque le commerçant était en faillite.

d'être rédigé et qui devait entrer en application le 1^{er} juillet 1844¹. Il faisait précéder son royal décret des considérations suivantes : « Dans le but de rendre uniforme dans tous nos états un Code de Commerce, comme le sont déjà le Code Civil et le Code Pénal, et d'y apporter les améliorations que l'expérience et l'exemple des autres nations nous ont suggérées, nous avons ordonné l'élaboration d'un Code, qui, faisant cesser toute différence de législation dans une telle matière à travers les diverses parties de l'Etat, en concilie toutefois les besoins et les intérêts respectifs, demeure pendant un temps en harmonie avec les législations étrangères diverses, maintienne le commerce à l'extérieur, resserre davantage les principes et les biens d'une confiance réciproque génératrice de l'intensification des relations commerciales et par suite de la floraison du Commerce... »

*
**

15. — Le Code sarde de 1842 a été appliqué jusqu'en 1865, date à laquelle il a été quelque peu amendé ; le Code actuel est en vigueur, depuis le 1^{er} janvier 1883. Nous soulignerons plus loin les principaux traits de l'évolution de la législation de la faillite de 1842 à 1883, évolution que la loi de 1930 a accentuée. Le décret approuvant le texte définitif du Code de 1883 et ordonnant sa promulgation porte la signature de Sa Majesté Humbert I^{er}, Roi d'Italie, et il est contresigné par le Garde des Sceaux Zanardelli, digne certes de cet honneur, d'abord par le rang distingué qu'il occupait parmi les jurisconsultes de son pays, et ensuite par le rôle éminent qu'il avait joué dans les travaux préparatoires. Nous aurons l'occasion de montrer, dans le droit de la faillite, la grande connaissance des affaires qui

1. « Codice di commercio per gli stati di S. M. Il Re di Sardegna », édition 1843.

a présidé à la mise en œuvre des matériaux ; et il nous apparaît qu'en ouvrant quelques horizons sur cette partie si intéressante de la législation de nos voisins, on contribue dans une modeste mesure, au rapprochement fécond et à la prospérité commerciale réciproque de deux nations unies par d'ineffaçables souvenirs historiques.

*
**

16. — Le Code sarde, de 1842, dans sa partie concernant la faillite, est calqué sur le Code de Commerce français ; il comprend 191 articles répartis sous trois titres ; de la faillite, de la banqueroute, de la réhabilitation. On y voit des syndics provisoires et définitifs, une assemblée de créanciers obligatoirement convoquée pour délibérer sur le concordat, l'état d'union proclamé s'il n'intervient pas de concordat, la réalisation de l'actif qui est la conséquence de cet état d'union, la faillite close pour insuffisance d'actif. Le Juge-Commissaire est chargé d'accélérer et de surveiller les opérations et l'administration de la faillite ; les syndics ont, par conséquent, les mêmes fonctions que le syndic français.

Des innovations nombreuses et importantes procédant d'une conception différente de la faillite, ont été apportées par le Code de 1882 : le législateur a voulu réaliser l'actif et le distribuer aux créanciers rapidement et avec le moins de frais, et relever la moralité commerciale en imposant aux commerçants des prescriptions sages et rigoureuses. Le syndic est supprimé, un curateur le remplace, chargé d'une tâche moins importante, collaborant avec une délégation des créanciers. Le magistrat est investi d'un pouvoir autrement autoritaire et efficace. Le concordat n'est plus une phase obligatoire de la procédure. Le Tribunal trouve une source permanente d'information dans l'état mensuel des protêts déposé au greffe ; il exerce les pouvoirs des officiers de police judiciaire, décrète s'il y a lieu l'arres-

tation du failli, et de ses comparses ; une instruction pénale concomitante à la procédure de faillite est instituée ; le titre III du Code sarde sur la réhabilitation disparaît. La tendance à la centralisation des pouvoirs entre les mains du Juge et du Tribunal est très nette. Elle se dégagera encore de la récente étape du droit de la faillite.

*
**

17. — Le livre treizième du Code de 1882 est consacré à la faillite, de l'article 683 à l'article 868 ; il est divisé en 8 titres : de la déclaration de faillite et de ses effets ; de l'administration de la faillite ; de la liquidation du passif ; de la liquidation de l'actif ; de la répartition entre les créanciers ; de la clôture de la faillite ; de la cessation et de la suspension de la faillite ; des dispositions relatives aux faillites des sociétés commerciales ; des infractions pénales en matière de faillite. Le plan est dans la logique de la pensée italienne ; il s'harmonise parfaitement avec les principes directeurs. Nous n'avons pas la prétention d'offrir à nos lecteurs, en quelques pages, l'analyse complète d'une codification qui ne comprend pas moins de 185 articles ; d'ailleurs, de nombreuses dispositions sont-elles identiques dans nos deux codes, d'autres présentent une analogie étroite ; un travail comparatif minutieux conduirait souvent à d'inutiles répétitions ; aussi, notre dessein est-il seulement de mettre en relief les différences de conception du législateur italien et du législateur français ; et de montrer dans les phases principales de la procédure les conséquences les plus caractéristiques de ces divergences ; il appartiendra peut-être à d'autres, le terrain étant ainsi déblayé, de donner à tels aspects de l'institution, le développement qu'ils méritent.

*
**

17 bis. — Les organes de la faillite, dans la loi italienne, ont une physionomie et un rôle qui présen-

tent une originalité marquée ; ils émanent du tribunal civil et sont étroitement contrôlés par lui, les tribunaux de commerce ayant été supprimés depuis 1882 ; leurs jonctions ont subi une nette évolution depuis le code sarde de 1842, et la loi du 10 juillet 1930 a profondément innové en la matière. Dans la première partie, nous traiterons donc d'abord de l'ADMINISTRATION DE LA FAILLITE ET DE LA LOI DU 10 JUILLET 1930. La physiologie des organes de la faillite étant ainsi circonscrite, nous analyserons ensuite le programme de leur activité immédiate, qui est naturellement l'exécution de la pensée du législateur : la liquidation du passif et la liquidation de l'actif ; la faillite italienne est essentiellement une procédure d'exécution. Et ceci nous conduira au seuil de la solution normale de la faillite italienne dégagée d'incidents : la clôture de la faillite par la répartition de l'actif.

L'examen de cette solution formera donc le premier chapitre de la seconde partie qui s'intitulera : LES SOLUTIONS DE LA FAILLITE. Nous rangerons dans cette seconde partie, après la terminaison orthodoxe que nous venons d'évoquer, les différentes manières dont se terminent les opérations de la faillite ou par lesquelles on prévient la faillite : dans le premier groupe, nous rencontrerons notamment le concordat de masse et le concordat amiable judiciaire ; du second groupe font partie le concordat amiable extrajudiciaire et le concordat préventif. Enfin l'examen de la procédure rapide réservée aux petites faillites constituera notre dernier chapitre.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I. — *L'administration de la faillite et la loi du 10 juillet 1930.*

CHAPITRE II. — *La liquidation du passif.*

CHAPITRE III. — *La liquidation de l'actif.*

CHAPITRE PREMIER

L'ADMINISTRATION DE LA FAILLITE ET LA LOI DU 10 JUILLET 1930

18. — Le programme fixé par le Code se résume en trois points : conserver, liquider, répartir. « L'administration de la faillite, dit l'article 713, est confiée à un curateur nommé par le Tribunal sous la surveillance d'une délégation de créanciers et sous la direction d'un juge-délégué. Elle a pour but la conservation et la liquidation des biens du failli et leur répartition entre les créanciers. »

Il faut ajouter à ces organes le Tribunal qui désigne le juge-délégué, et l'assemblée des créanciers d'où émane la délégation. Deux groupes distincts sont ainsi constitués ; les *organes d'exécution* : Tribunal, juge-délégué — curateur —, par lesquels l'Etat pourvoit à la réalisation forcée du patrimoine du débiteur ; les *organes de surveillance*, ayant voix consultative ou même délibérative, qui sont l'assemblée des créanciers et la délégation. Les créanciers individuels n'ont aucune influence sur l'évolution de la procédure d'expropriation et de liquidation ; leur ingérence se fait sentir seulement au moment de la répartition.

La loi de 1930 n'a pas modifié cette organisation, n'a pas altéré la nature des diverses fonctions. Mais, ce qui est important, « elle a déplacé le centre de gravité de toute la procédure de la faillite, en ce sens que, par la nouvelle loi, la direction effective — comme on le verra — appartient au juge-délégué ; le curateur

dépend complètement de lui dans son initiative, dans l'exercice de ses fonctions, dans la manière de procéder à la vérification du passif, et en somme dans toute son activité juridique. Et cela fait ressortir toujours davantage le caractère d'ordre public de l'institution ; caractère que nous avons déjà souligné, et qui se répercute ensuite sur toute la structure de la procédure. De même, de nouvelles règles sont contenues dans cette loi pour la nomination du curateur, pour sa position relative, sa révocation, sa rémunération, et enfin pour la désignation et la composition de la délégation des créanciers¹. »

Le Tribunal.

19. — Le Tribunal a un rôle important à jouer ; il déclare la faillite ; il est saisi de toute la procédure de faillite et connaît de « toutes les actions qui en dérivent... » art. 685 ; il procède aux nominations que l'on connaît, homologue les transactions, le concordat, autorise la vente des immeubles, autorise la continuation provisoire de l'exploitation, liquide l'indemnité du curateur, etc... Il exerce un pouvoir exécutif, en tant qu'organisme autonome, ou par le canal du juge-délégué.

Il est curieux d'observer que les mêmes controverses qu'en France se sont déroulées autour de l'interprétation de l'article 685. Deux tendances — l'une restrictive et l'autre extensive — se dégagent dans la doctrine et la jurisprudence. Les formules des auteurs italiens sont à rapprocher de la doctrine française². Sont réputées de la compétence du Tribunal les actions « qui ont leur cause dans la faillite ou qui ont comme condition nécessaire, directe ou indirecte, la faillite » (Bolaffio) ; « qui ont dans la faillite leur racine, leur raison d'être » (Luciani) ; « qui concernent les rapports

1. NAVARRINI, *ibidem*, n. 111.

2. NAVARRINI, *ibidem*, n. 106.

de droit matériel sur lesquels la faillite exerce une influence » (Rocco). Le Tribunal de la faillite connaît « des actions qui ont avec la faillite une corrélation directe et dont la solution dépend des règles spéciales de la faillite, et de celles-là seulement » (Thaller) ; « de tout ce qui concerne cette faillite » (Renouard) ; « des contestations qui trouvaient leur cause dans la faillite et qui n'auraient pas surgi autrement » (Garsonnet) ; le Projet de Code de Commerce se montre favorable à une large interprétation : la compétence du Tribunal s'étend « à toutes les actions qui ont leur cause même occasionnelle dans la faillite, quelle qu'en soit la valeur ». Il nous paraît que le législateur italien, plus encore que le législateur français, ait voulu placer sous le regard du tribunal tout le panorama de la faillite et qu'il soit logique de lui attribuer la connaissance de toutes les actions justiciables d'une juridiction de même nature ; vue d'ensemble, diminution de frais, rapidité de solution, ces avantages conseillent fortement une telle extension de compétence. Notons que la Cour de Cassation française, dans un arrêt récent du 26 avril 1939, reste favorable à la tendance restrictive, d'après laquelle demeurent soumis aux règles ordinaires de la compétence « les litiges qui ont leur cause dans des faits ou des contrats antérieurs à la faillite, dont celle-ci a été seulement l'occasion, et qui se seraient produits sans elle ¹... »

L'article 750 du Code de Commerce permettait au syndic de continuer l'exploitation du fonds de commerce avec l'autorisation du juge-délégué. L'article 8 de la loi de 1930 enlève à ce magistrat cette prérogative. « En tout cas, le juge-délégué ne peut autoriser la continuation provisoire du commerce du failli.

1. « Gazette du Palais » du 11 juillet 1939. Cette question est examinée en détail par M. NAVARRINI sous le titre « La sfera di competenza del Tribunale fallimentare » dans le tome I, page 131 ; et dans l'ouvrage de M. PERCEROU, au tome I, chapitre II, section II, « Tribunal compétent », page 350.

Seulement, quand il peut résulter, de l'interruption brusque, un dommage sérieux et irréparable pour les créanciers, cette autorisation peut être accordée par le Tribunal par une décision prise en chambre du conseil, et non susceptible de recours. » C'est là un déplacement du centre de gravité.

Le Juge-Délégué.

20. — Nous savons que le Code sarde, dans son article 484, stipule que le Juge-Commissaire était chargé spécialement d'accélérer et de surveiller les opérations de l'administration de la faillite. « La nouvelle conception de la faillite dont s'est inspiré le législateur de 1882 devait avoir une incidence sérieuse sur le rôle du juge-délégué. La faillite intéresse l'intérêt général à différents points de vue, il était normal que le Tribunal ne se contentât pas de prendre des mesures générales au début de la procédure, mais voulût exercer une action constante sur toutes ses phases par le canal de l'un de ses membres.

L'article 727 énumère un certain nombre de fonctions : le Juge-Délégué est spécialement chargé de *diriger* et d'accélérer *toutes* les opérations de la faillite..... » ; il y a une nuance très nette marquée dès le début : il « dirige »... « toutes les opérations ». Et tandis que le code sarde demeurait sur son affirmation générale, l'article 727 entre dans le détail »... Il prend d'urgence les mesures nécessaires pour la sûreté et la conservation des biens de la masse ; il nomme sur la proposition du curateur, les avocats, avoués, notaires, huissiers, experts, courtiers et gardiens dont la collaboration doit être requise pour chacune des opérations de la faillite. Il liquide les frais, dépens et honoraires qui doivent être payés à ces derniers ; il convoque les créanciers toutes les fois qu'il le juge nécessaire ; il fait son rapport au Tribunal sur les litiges qui résultent de la faillite et qui relèvent de la juridiction commer-

ciale ; enfin, il peut proposer, même d'office, la révocation du curateur.

« Le Tribunal peut, à toute époque, remplacer le Juge-Commissaire. »

Malgré ces précisions, la fonction du juge s'analysait pratiquement en une simple et stérile surveillance ; la volonté du législateur n'était pas passée dans la pratique. L'article 4 de la loi du 10 juillet 1930 a tenté la réalisation pratique de cette réforme en l'accentuant. « Le Juge-Délégué a la direction de l'administration de la faillite. Le curateur doit suivre ses instructions. » La transformation est profonde dans l'attribution des pouvoirs ; le curateur n'est désormais qu'un organe secondaire qui agit sous l'initiative et la responsabilité du juge-délégué dont il doit exécuter les ordres. Dans quelle mesure cette organisation est justifiée par l'institution, nous le dirons dans un instant, après avoir passé en revue la plupart des fonctions du juge-délégué, qui se révéleront nombreuses et absorbantes, en réalité impossibles à remplir.

*
**

21. — « Le curateur doit suivre ses instructions et ne peut intervenir, dit l'article 4, dans un procès comme demandeur ou comme défendeur, sans son autorisation écrite. Le juge-délégué n'intervient pas dans la composition du collège des juges qui est visé par cette autorisation, mais peut faire partie du Tribunal mentionné dans l'article 12. » (Tribunal statuant sur la solution de réclamations formulées par les créanciers qui n'ont pas été admis au passif et qui ont demandé leur admission.)

« Le Juge-Délégué doit se prononcer dans les trois jours sur les réclamations formulées contre le curateur, sauf recours au Tribunal » (art. 728).

La nomination de la délégation des créanciers concerne le juge-délégué ; avant la loi de 1930 ils étaient

nommés par les créanciers, mais l'article 6 de la nouvelle loi laisse à sa discrétion, avant la clôture du procès-verbal de vérification, la formation facultative de cette commission ; après cette étape de la procédure, l'existence de cet organisme est obligatoire ; le magistrat en choisit les membres sur une liste arrêtée par la majorité des créanciers vérifiés et admis ; le Président est désigné par lui, et le juge-délégué peut modifier à sa guise la composition de ce comité de surveillance, en s'adressant à d'autres personnes que celles figurant sur la liste. Ainsi, le pouvoir central accentue-t-il sa mainmise sur le contrôle des entreprises commerciales en faillite.

Le Juge-Délégué a évidemment la faculté de demander au débiteur et à toute autre personne des renseignements sur le bilan, sur les causes et circonstances de la faillite ; il est tenu de transmettre au Procureur du Roi les renseignements recueillis. Toutefois sont dispensés de déposer devant le juge, les ascendants, descendants, frères et sœurs du failli, ainsi que son conjoint. Il se tient en relation constante avec le Juge d'Instruction. Le rôle du magistrat pénal serait particulièrement intéressant à suivre en détail ; il s'insère logiquement dans la faillite italienne, mesure d'ordre public, de salubrité commerciale. « Dans le cas où un mandat d'arrêt a été décerné contre le failli en fuite, et dans le cas où cette mesure paraît imminente, le juge-commissaire qui reconnaît la nécessité d'entendre personnellement le failli, peut demander au Procureur du Roi d'obtenir un sauf-conduit de la part du juge pénal compétent » (art. 731).

« Si le failli se trouve en état d'arrestation, le juge-commissaire peut, moyennant une demande adressée au juge d'instruction, l'entendre toutes les fois qu'il en a besoin ou qu'il en est requis par le curateur ou par la commission » (art. 732).

22. — Il peut même procéder directement à l'apposition des scellés ; il supprime cette mesure s'il estime

que l'inventaire peut être fait en un seul jour. Mais, voici un travail plus important ; le magistrat vérifie le bilan, la liste des créanciers, et il a la faculté de *rectifier* et de *compléter* cette liste (art. 744). Quand on se rend compte du désordre qui règne habituellement dans les papiers du failli au moment du jugement de faillite, on aperçoit le temps que le juge-commissaire est susceptible d'affecter à cette opération. La balance des clients est aussi soumise à son examen ; il donne au curateur des instructions concernant la récupération des créances, et les mesures à prendre en la circonstance ; ceci suppose la connaissance des divers dossiers, et un long effort d'analyse. Le gros œuvre est constitué par la vérification du passif.

Art. 761. — « Le juge-commissaire vérifie les créances en comparant les titres présentés avec les livres et papiers du failli.

« Il peut ordonner l'intervention du curateur, de la commission des créanciers, de celle du failli ; il peut même ordonner que le créancier comparaisse en personne, comme il peut l'autoriser à comparaître par mandataire ; il a le droit d'exiger la représentation des livres de commerce du créancier, ou d'une partie de ses livres ; enfin, il peut procéder à l'audition de toute personne lui paraissant susceptible de fournir des renseignements ou des explications.

« Le procès-verbal de la vérification des créances devra énoncer toutes les opérations accomplies, indiquer les noms des personnes intervenues et rapporter leurs déclarations. »

L'établissement des dossiers des créanciers est un gros travail matériel, mais leur examen nécessite pour les entreprises importantes des semaines et des mois ; on voit mal le juge-délégué assumer une pareille tâche ; or, il « compare » les titres présentés avec les livres et papiers du failli. Même si le curateur a déblayé le terrain, le contrôle demandera du temps. Le juge-délégué autorise le curateur à transiger sur les contes-

tations, mais on suppose qu'il les suit personnellement.

Nous n'insistons pas sur les interventions classiques identiques à celles du juge français, notamment dans la fixation des secours alimentaires au failli, la convocation des créanciers, etc. ; notons que l'article 15 de la loi de 1930 a accru ses pouvoirs de réalisation de l'actif ; l'article 798 lui donnait toute latitude pour la vente des immeubles au détail ; mais l'aliénation à forfait du reliquat ne pouvait être effectuée par le curateur qu'avec l'approbation de la commission des créanciers et l'homologation du Tribunal. Et la vente des immeubles ne pouvait être poursuivie que suivant les formes prescrites pour la vente des biens des mineurs. Mais, maintenant « l'autorisation de l'aliénation en masse des biens meubles, prévue par l'article 799 du Code de Commerce, et l'autorisation exigée pour la vente des immeubles par l'article 800 du même code sont données par les soins du juge-délégué. Le juge-délégué peut aussi autoriser la vente des immeubles de gré à gré, au sens de l'article 800, troisième alinéa, avec dispense d'une première mise aux enchères préalable. »

*
**

23. — Ce rapide tour d'horizon suffit à montrer combien sont complexes les attributions du juge-délégué. Et cette conception paraît justifier certaines critiques. D'abord, le juge-délégué cesse d'être un magistrat, il devient administrateur, il risque donc de commettre des fautes, d'avoir sa responsabilité appréhendée. Et alors quels seraient la physionomie et le prestige d'un tribunal dont les membres sont l'objet de banales demandes en dommages-intérêts, ou tout au moins, dont les actes sont susceptibles d'être publiquement critiqués. Les juges français ne courent pas de pareils risques : le syndic, seul, est responsable ; le juge-commissaire n'a pas à imposer un acte d'administration, il surveille,

mais n'engage pas sa responsabilité ; la majesté du tribunal reste inaltérée.

Ce n'est pas tout : la direction des affaires commerciales qui possèdent un dynamisme propre, s'acquiert par l'expérience ; une formation générale et juridique ne suffit pas. Et comment alors recruter les juges-délégués ? Les travaux parlementaires montrent que le législateur a envisagé cette difficulté ; il a vu que les magistrats devaient être vraiment spécialisés, qu'il s'agissait d'un problème de qualité et de nombre. Mais ceci complique l'organisation judiciaire et aboutit en somme à reconstituer le tribunal de commerce sous forme d'une section commerciale du tribunal civil. Ce problème résolu, d'autres obstacles d'ordre pratique se révèlent. Il est impossible, matériellement, au juge-délégué, d'accomplir tout ce que la loi lui prescrit, à moins de s'adjoindre des collaborateurs, symétriques de ceux du curateur. Lorsqu'une faillite éclate, les premières mesures conservatrices absorbent immédiatement les premières journées ; puis, toutes les situations tendues qui se sont créées pendant la période précédant la faillite, se présentent à la fois pour être dénouées, et ceci sans préjudice d'une multitude de détails dont il faut s'occuper minutieusement. Cette accumulation de pouvoirs entre les mains du juge semble violer une loi de nature ; et, en fait, il est probable que le juge se rend compte de son impuissance, et automatiquement le centre de gravité décrit une trajectoire inverse de celle que la loi a voulu lui imposer ; la réforme demeurera en partie lettre morte. Et c'est normal ; on constatera même que les dispositions prises par la loi de 1930 au sujet des curateurs auraient dû conduire logiquement à une augmentation de leurs pouvoirs.

Le curateur.

24. — Le mandataire de justice agréé par le Tribunal pour assumer notamment la gestion des entreprises en

faillite portait le nom de « syndic » dans le code sarde ; le législateur de 1882 l'a appelé curateur, nom que la loi du 10 juillet 1930 n'a pas modifié ; nous avons déjà une idée de l'évolution de ce rôle ; sous la loi sarde, il avait la physionomie du syndic français actuel ; lorsque le code de commerce a été refondu, les pouvoirs du curateur ont été, au moins sur le papier, réduits au profit du juge-délégué, et l'emprise de ce magistrat sur toute la procédure de la faillite a augmenté encore par la nouvelle loi, qui porte la forte empreinte de l'évolution politique de l'époque ; nous avons pressenti que le jeu complexe de la faillite, par ses exigences propres tend à réduire les effets d'une telle innovation, et que, pratiquement, l'action du curateur demeure prépondérante.

*
* *

25. — Sous la direction du Juge-Délégué, et dans les limites que nous connaissons déjà, le curateur est l'organe auquel est confiée l'exécution forcée de la faillite : l'administration et la liquidation du patrimoine du débiteur. Tous les actes qui peuvent rentrer dans ce cadre plutôt étendu font, par définition, partie de sa mission... Si l'assimilation du curateur au gardien des biens soumis à l'expropriation dans les procédures ordinaires d'exécution, est indiscutablement exacte, il n'en est pas moins vrai que cette physionomie est revêtue et assortie d'un complexe d'attributions et de fonctions que justifient d'une part la situation particulière du débiteur désormais privé de tout pouvoir sur son patrimoine, et d'autre part, la complexité de l'expropriation d'une entreprise commerciale. Enfin, il faut se rappeler que les fonctions du curateur vont au delà de celles du gardien ou de l'administrateur lorsqu'elles sont rassemblées complètement dans les mêmes mains ; elles se ramifient dans des tâches diverses dont on peut dire seulement qu'elles se rattachent indirectement à des fonctions juridiques classiques. « Le Code de Commerce

a été profondément modifié par la loi de 1930 pour tout ce qui concerne le curateur. C'est au curateur, à sa position relative, à ses fonctions que la nouvelle loi a, par-dessus tout, apporté ses soins, et on peut dire que cette réforme profonde a été l'un des buts les plus urgents de la loi ¹. »

26. — La profession était-elle donc dans un état de désagrégation telle qu'elle nécessitât l'urgente intervention du législateur ? Des abus s'étaient certainement produits : certains curateurs avaient géré frauduleusement le patrimoine du débiteur, et avaient provoqué « une véritable faillite dans la faillite elle-même ». On reprochait aux juges-délégués de se soumettre trop facilement à l'influence des syndics, en oubliant leurs devoirs de direction ; les collusions du curateur avec certains créanciers soulevaient de vives réclamations ; on lui reprochait de confiner son activité dans la contestation des créances et l'extension de la faillite à d'autres patrimoines. Mais, ces abus ne se produisaient que dans des cas particuliers. Et Navarrini dit lui-même qu'un « curateur malhonnête discrédite la profession plus que ne l'honorent mille curateurs consciencieux ²... » Et le Ministre déclarait à la Chambre : « ...Des voix se sont fait entendre pour défendre les curateurs. Je m'y associe complètement. Il serait, certes, injuste de généraliser. Il y a quelques curateurs qui n'ont pas fait leur devoir : mais, il s'agit d'une minorité qui a fait beaucoup de mal et qui a compromis toute la corporation. Je suis, d'ailleurs, certain que les premiers à être satisfaits des plus sévères dispositions du projet, sont les curateurs honnêtes et capables, qui sont certainement la majorité. » Les réactions violentes de la masse devant les agissements tendancieux du mandataire de justice sont normales : mêmes dans les circonstances les plus favorables, les créanciers sont certains de perdre une partie

1. NAVARRINI, *ibidem*, n. 118 et 118 bis.

2. *Ibidem*, n° 118 bis en note.

de leurs mises, tandis que le curateur trouve dans l'administration d'un patrimoine déficitaire la juste rémunération de son rude métier.

27. — Quoi qu'il en soit, le législateur a cherché à prévenir de pareils errements de la manière suivante : il a modifié les règles qui présidaient à la nomination du syndic ; pour empêcher le syndic, le plus possible, d'avoir des rapports de droit privé avec les créanciers, il lui a reconnu la qualité d'un officier public, lui a imposé une responsabilité plus grande, et lui a confié des devoirs plus nombreux ; la direction effective de l'administration est passée du curateur au juge-délégué, au moins théoriquement ; enfin, l'indemnité du curateur a fait l'objet d'une réglementation minutieuse, et les accords particuliers tendant à l'augmenter ont été frappés de nullité, sans préjudice de sanctions pénales éventuelles.

*La nomination du curateur
dans le Code de Commerce et la loi de 1930.*

28. — Le Code de Commerce avait prévu la nomination du curateur provisoire par le Tribunal et la confirmation de ses fonctions au cours de la première réunion des créanciers dans les articles 714 à 717.

« Art. 714. — Le Curateur doit être choisi par le Tribunal parmi les personnes ne faisant pas partie de la masse des créanciers et qui ne sont ni parents ni alliés du failli jusqu'au quatrième degré exclusivement.

« Art. 715. — Les Chambres de Commerce dans la circonscription desquelles se trouve un Tribunal de Commerce, et celles dont l'importance commerciale est notable, peuvent dresser un rôle des personnes les plus aptes à remplir les fonctions de curateurs aux faillites, après avoir pris l'avis des conseils municipaux, et en délibérant à scrutin secret.

« Le rôle est transmis au président du Tribunal du

ressort et il est révisé tous les trois ans. Les personnes figurant sur ce rôle peuvent y être portées de nouveau...

« Art. 716. — Partout où existe le rôle spécifié à l'article précédent, le curateur devra être choisi parmi les personnes qui y figurent, si le Tribunal, pour des motifs énoncés dans le jugement ou la décision, n'en décide autrement.

« Art. 717. — Après la première réunion des créanciers prescrite à l'art. 691 (concernant le jugement de faillite, jugement fixant notamment la date de la réunion), et au vu du procès-verbal de la réunion, le tribunal rendra définitive la nomination du curateur provisoire ou en désignera un autre. »

29. — La loi nouvelle a supprimé la nomination provisoire, comme d'ailleurs notre décret-loi du 8 août 1935, formalité absolument inutile, les syndics provisoires étant automatiquement confirmés dans leurs fonctions, et a créé une institution nouvelle, celle des administrateurs judiciaires. « Près de tout tribunal, dit l'article I, est institué un rôle d'administrateurs judiciaires, parmi lesquels sont choisis les curateurs des faillites, aux termes de l'article 716 du Code de Commerce. » Et voici une disposition heureuse concernant les Tribunaux pauvres en affaires. « Toutefois, un décret royal, rendu sur la proposition du Ministère de la Justice, peut créer un rôle unique pour plusieurs Tribunaux, lorsque le nombre limité des affaires ne justifie pas la constitution d'un rôle spécial, pour chacun d'eux. » Ces tribunaux en effet risquent de confier les fonctions délicates de curateur à des personnes honorables sans doute, mais peu qualifiées par leur formation générale et juridique. Le nombre des administrateurs de chaque rôle est fixé par décret ; leur nomination est valable pour cinq années ; elle est faite par le Ministre de la Justice, à la suite d'un concours entre des professionnels du droit, comme les avocats, les avoués, les spécialistes du droit commercial, d'une moralité et d'une

expérience reconnues. Notons que le recrutement est entièrement entre les mains du pouvoir exécutif, il n'est pas laissé, comme en France, à la discrétion des Tribunaux.

L'article 3 déclare la nomination du syndic définitive, mais prévoit la révocation possible par le Tribunal, par une décision prise en chambre du Conseil, le ministère public et le curateur entendus, et aussi en présence du créancier demandeur, si c'est le cas. Des incompatibilités nouvelles sont prévues : le curateur ne doit pas avoir prêté son concours au débiteur, pendant les deux années qui ont précédé le jugement de faillite. Il est curieux de constater que l'article I conserve au Tribunal, en se référant à l'article 716, la faculté de choisir le curateur en dehors du rôle. Est-ce pour laisser toujours le Tribunal maître de sa décision, et pour le soustraire à un lien quelconque ? Ou bien pour lui permettre de puiser dans les compétences précieuses qui n'ont pas cru devoir participer au concours ? Le premier motif nous paraît dans la norme de l'esprit de la loi.

30. — Le concours a été réglé minutieusement, les demandes accompagnées des titres sont présentées au Président du Tribunal ; celui-ci communique les noms au Procureur du Roi, au Préfet, à l'association locale syndicale dont fait partie l'aspirant ; ces personnes recueillent des renseignements qui sont transmis au Président, qui les adresse à son tour au Premier Président de la Cour d'Appel. Ce magistrat examine les dossiers, et fait des propositions. Les demandes, avec les renseignements, sont transmises au Ministère. Le concours est soumis à une Commission, dont la composition et les travaux sont minutieusement prévus. Plusieurs commissions peuvent être formées ; le Sous-Secrétaire d'Etat à la Justice préside l'audience plénière et pourvoit à la coordination des travaux et des diverses Commissions. Les vainqueurs du concours sont les premiers inscrits sur la liste ; pendant deux ans, ceux qui viennent ensuite peuvent être nommés aux postes

vacants. Il eût été logique qu'après des précautions de cette nature, les curateurs conservassent leurs anciens pouvoirs et même que ceux-ci fussent élargis. Une certaine ancienneté notamment était exigée, variable suivant les catégories admises à postuler : quatre ans pour les avocats, six pour les avoués. Dans certains cas, ces délais étaient réduits ; en effet, l'article 27 stipulait que, pour l'établissement des premiers rôles, la durée exigée pour l'exercice de la profession était réduite de moitié pour les anciens combattants et les inscrits au Parti national fasciste avant le 28 octobre 1922.

31. — Au cours de la discussion du projet de loi, on voulut permettre aux ingénieurs spécialisés, aux spécialistes des sciences agricoles et de la chimie de figurer sur les rôles. Mais, cette proposition fut écartée ; les techniciens en effet n'étaient pas indiqués pour ce genre de fonction qui exigeait surtout des connaissances juridiques, économiques, financières, bancaires. Le curateur d'autre part, a la faculté de s'adjoindre un collaborateur spécialisé dans les cas, désormais exceptionnels, où l'exploitation provisoire est autorisée. Enfin, le Tribunal, on le sait, peut toujours choisir le curateur en dehors du rôle.

La loi nouvelle s'est préoccupée de réduire les contacts entre le curateur et les créanciers ; l'article 691 du Code donne le contenu du jugement qui déclare la faillite ; ce jugement, non seulement nomme le juge-commissaire, le curateur provisoire, ordonne l'apposition des scellés, mais encore fixe le jour où l'assemblée des créanciers doit délibérer sur le maintien ou le remplacement du curateur provisoire, le délai de production imparti aux créanciers, et le jour de la clôture du procès-verbal de vérification des créances : dès le premier jour, la procédure d'ensemble est organisée. Cet article n'a pas été abrogé, mais le curateur provisoire n'existe plus ; la première assemblée des créanciers n'est donc plus convoquée. Le législateur voyait sans doute un risque de compromission pour le curateur dans cette circonstance.

32. — Le curateur nommé doit accepter ses fonctions ; est rayé du rôle des administrateurs judiciaires, dit l'article 3 de la loi, celui qui refuse une nomination de curateur sans justes motifs. Il faut éviter la course aux affaires rémunératrices ; le curateur prend les missions telles qu'on les lui confie ; aussi bien ses honoraires lui seront toujours assurés, on le verra plus loin ; les affaires sont également réparties, un registre en est tenu au greffe, l'état des indemnités allouées est communiqué au Président. L'article 718 du Code prescrit au curateur de déclarer son refus dans un délai de trois jours après qu'il a eu connaissance de sa nomination. Ce délai expire, il peut demander à être dispensé, mais son remplacement ne peut se faire avant la reddition de ses comptes à son successeur. Le curateur peut-il faire jouer, depuis le vote de la loi, cette disposition pour éluder ses fonctions, sans motifs légitimes ? Ce serait là un moyen de tourner l'article 3. Et la question s'est posée de savoir s'il pouvait dans ce cas être rayé du rôle. Navarrini estime justifiée l'opinion d'après laquelle « le Tribunal peut ne pas accepter la démission — sous réserve toujours de sanctions disciplinaires — les règles ordinaires du mandat n'étant pas applicables, en raison de la qualité particulière du curateur ¹ ». La procédure de révocation a été organisée par un règlement postérieur à la loi : c'est le Président du Tribunal qui ordonne la radiation du rôle. L'intéressé peut appeler de cette décision, quinze jours après la notification, au Ministère de la Justice, qui demande l'avis de la Commission compétente, et prend une décision irrévocable : discipline exceptionnelle qui met en évidence la sévérité avec laquelle la loi entend réprimer les fautes du curateur. Et nous avons déjà souligné l'intervention du Ministère public en pareille circonstance : elle s'harmonise avec l'esprit de la loi, et le caractère nouveau du curateur. L'étude du rôle du juge pénal dans la faillite italienne

1. *Ibidem*, n. 126.

mériterait, nous l'avons déjà suggéré, une attention spéciale.

Les fonctions du syndic officier public.

33. — Théoriquement, le curateur de 1930 a des pouvoirs moindres que son collègue de 1882; mais, en réalité, la loi nouvelle lui a donné une noblesse et un prestige nouveaux en lui conférant la qualité éminente d'officier public; elle l'a mis en vedette, en réglementant sa profession. « Le curateur, dit l'article 2, pour tout ce qui concerne l'exercice de ses fonctions, est un officier public soumis à tous les effets de la loi. » Il fait maintenant partie de cette grande famille judiciaire, mue par l'autorité publique; la faillite étant une institution d'ordre public, il est logique que la personne chargée effectivement de toute la procédure, émanation du pouvoir central, soit un officier public; dans ce sens, sa responsabilité s'accroît, ses fautes l'exposent à de graves sanctions pénales; sa nomination échappe désormais à l'emprise des créanciers, elle appartient au Tribunal. Les créanciers sont d'ailleurs protégés: l'article 3 augmente les incompatibilités déjà prévues dans l'article 714¹. « Il faut dissiper toute ombre de soupçon sur les liens présents ou passés entre le curateur et le failli. » Une comptabilité régulière est prescrite au nouvel officier public; il « doit tenir un livre-journal, dans lequel sont portées quotidiennement les opérations relatives à son administration; le livre doit être visé sans frais par le juge-délégué avant d'être mis en service, et à la fin de chaque mois ». Le magistrat indique les établissements de crédit où les fonds doivent être déposés sous peine de révocation. L'article 756 imposait au curateur l'établissement d'un rapport succinct notamment sur les causes de la faillite; la loi, dans son article 4, en prescrit un deuxième, vingt jours après le premier, particulièrement explicite « sur les causes et circonstances de

1. Voir *supra*, n. 28.

la faillite, sur l'époque à laquelle remonte la déconfiture, sur la responsabilité du failli, ou d'autres personnes, et sur tout ce qui peut intéresser l'instruction pénale ». Le magistrat pénal suit de près tout ce dossier. Ce délai de vingt jours est manifestement insuffisant. Ce n'est qu'après de longs mois d'étude que le curateur a pu analyser sérieusement une faillite complexe, dont le passé ne se révèle à lui qu'au fur et à mesure du développement de la procédure. — On peut exiger de lui le dépôt d'une caution, l'article 721 le prévoit expressément : « En principe, le curateur n'est pas tenu de donner caution, mais si cette précaution paraît indiquée par des motifs spéciaux tirés de la nature du patrimoine du failli ou par les conditions de l'administration, le tribunal peut l'ordonner soit par jugement déclaratif de faillite, soit par un jugement postérieur ; il peut le faire d'office ou à la requête des créanciers.

Le montant de la caution est fixé par le Tribunal, la commission entendue. Les dispositifs de sécurité sont ainsi multipliés. Il paraîtrait aussi prudent de s'assurer de la solvabilité personnelle du curateur, en dehors de la caution déposée dont le montant est habituellement hors de proportion avec l'importance des affaires traitées. L'intérêt général est en jeu ; entre deux personnes également qualifiées par leur valeur personnelle, pour manier l'actif d'autrui, celle qui est moins insolvable est moins indiquée ; c'est un fait d'expérience d'abord, ensuite une question de probabilité ; or, ce qui doit guider le législateur, c'est l'intérêt de la masse à laquelle il faut éviter de servir de terrain de culture. Et la préoccupation du législateur peut s'exprimer non point dans un texte, mais sous forme de directives dans la nomination.

La rémunération du curateur :

34. — Elle était prévue, dans le Code de Commerce, dans l'article 722 : « Il appartient au tribunal de déter-

miner le montant de la rétribution due au curateur pour son activité. Elle ne peut consister que dans une somme fixe pour toute la durée de la faillite ou en une somme proportionnelle à l'actif réalisé. Elle est versée au fur et à mesure des répartitions successives entre les créanciers... »

La loi de 1930 consacre à cette importante question tout son article 5 : « Les frais et honoraires dus au curateur, même dans le cas où la faillite se termine par un concordat, sont liquidés par le Tribunal, sur le rapport du juge-délégué, compte tenu du travail fourni, des résultats obtenus, de l'importance de la faillite, de la diligence avec laquelle les opérations ont été conduites, et suivant des règles uniformes qui seront établies par un décret du Ministre de la Justice.

« Aucune indemnité, autre que celle liquidée par le Tribunal, ne peut être réclamée par le curateur, même pour le remboursement de ses frais. Les engagements pris et les paiements effectués contre cette défense sont nuls, et la répétition de ce qui a été payé est toujours admise, indépendamment de l'exercice de l'action pénale, s'il y a lieu.

« De l'honoraire attribué au curateur, dans la partie qui excède 2.000 livres, on déduit une quote-part qui ne peut pas dépasser un cinquième, dans le but de constituer un fonds spécial destiné à régler les curateurs qui ne peuvent pas récupérer une rémunération adéquate, et à verser des primes de rendement aux magistrats et aux fonctionnaires du greffe affectés au service des faillites, suivant des règles à établir par décret royal, sur la proposition du Ministre de la Justice. »

Le texte du Code est laconique, l'article 5 résout le problème d'une façon plus détaillée ; le législateur avait dû avoir sous les yeux, au cours des travaux préparatoires, des cas d'espèce qui lui dictaient une réforme d'ensemble. Au surplus, c'est toujours le Tribunal qui reste maître de la décision à intervenir ; et les solutions qui consistent à intégrer dans les pouvoirs de l'Etat des

activités jusqu'alors privées aboutissent inéluctablement à augmenter les charges des justiciables ; c'est ainsi que, désormais, il faudra prélever sur l'actif de la masse non seulement les frais et honoraires du curateur, mais encore les fonds destinés à des primes de rendement, au profit des magistrats et des employés du Greffe employés aux affaires de faillite. Notre code ne conduit pas aux mêmes errements : les juges et leur personnel ne sont pas payés par les syndics. Et cela est une conséquence inévitable de la tendance à concentrer les pouvoirs entre les mains du siège, obligé de s'adjoindre des collaborateurs. Ainsi donc le greffe du Tribunal civil administre et gère le patrimoine du débiteur, comme l'étude du curateur ; la majesté de la justice risque d'être compromise ; il vaut mieux laisser au curateur, dur à cuire par vocation, la charge d'amortir les chocs.

35. — Et il est intéressant de connaître « ces règles uniformes » — *criteri uniformi* — qu'annonçait le premier paragraphe de l'article 5 ; elles ont été précisées par un décret ministériel du 30 novembre 1930, article I : « la rémunération du curateur de la faillite est liquidée par le Tribunal, à la fin de la procédure et doit consister en un pourcentage sur le montant de l'actif réalisé, non supérieur à 8 pour cent sur la première tranche de 100.000 liras, à 6 pour cent sur la deuxième tranche de 100.000 liras, à 5 pour cent sur le surplus jusqu'à 500.000 liras et à 3 pour cent sur les sommes supérieures jusqu'à concurrence d'un million. Sur les sommes qui dépassent un million, et jusqu'à cinq millions, le pourcentage ne peut excéder deux pour cent ; il est de un pour cent de 5 à 10 millions, et d'un demi pour cent au-dessous de 10 millions.

« Et le Tribunal peut aussi allouer au curateur, sur le montant du passif, un honoraire supplémentaire qui ne dépasse pas un demi pour cent sur la première tranche de 500.000 liras et 25 centimes pour cent sur le surplus. »

Art. 2. — Les pourcentages précédents représentent

le maximum de l'honoraire : mais, dans la liquidation de cet honoraire, le Tribunal tiendra compte de tous les éléments mentionnés dans l'article 5 de la loi du 10 juillet 1930... »

L'article 3 envisage l'hypothèse de la cessation de fonctions du curateur avant la clôture des opérations. L'article 4 prévoit en outre, en cas d'exploitation provisoire, un pourcentage qui ne doit pas dépasser cinq pour cent de l'actif net réalisé ; et l'article 5 alloue en principe un honoraire minimum de 500 livres dans tous les cas, le remboursement des frais de procès et de déplacement sur la base des allocations versées aux « employés de l'Etat du 5^e degré ».

36. — Des discussions se sont élevées naturellement sur l'interprétation de l'expression « actif réalisé » ; s'agit-il aussi des biens grevés d'une hypothèque ou d'un privilège ? Plusieurs arrêts ont décidé d'une part qu'aucun pourcentage ne devait être prélevé par le curateur sur le prix de vente de ces biens, et d'autre part que même les frais et honoraires dus aux curateurs, pour leur administration, n'étaient pas opposables aux créanciers hypothécaires ou privilégiés. Notre jurisprudence, sur ce dernier point, a adopté une attitude opposée. Elle s'est prononcée jusqu'ici dans le même sens que les Tribunaux italiens, sur le premier point ; mais, en raison de la multiplication récente des privilèges de l'article 2101, il paraît équitable de tenir compte dans le calcul de l'indemnité syndicale de la totalité des biens. Le syndic, en effet, doit vérifier le caractère de la créance réputée privilégiée, puis son montant ; de nombreuses difficultés s'élèvent à ce sujet ; et cette activité du syndic a son retentissement sur la distribution du prix des biens grevés, par exemple sur la somme revenant au dernier créancier hypothécaire, étant observé qu'en général, la totalité de l'actif mobilier est largement absorbée par le Trésor. Les créances des représentants de commerce par exemple donnent lieu à de nombreux conflits, et en raison de la baisse du

prix des immeubles, le produit de leur vente ne suffit pas souvent à éteindre les seules hypothèques conventionnelles.

*
* *

37. — L'article 722 du Code s'inspirait de préoccupations honorables : en prévoyant une rétribution fixe, elle cherchait à détourner le curateur de la tentation intéressée d'allonger les opérations ; le deuxième mode envisagé — octroi d'un pourcentage — avait le même objet. Et, pour hâter les distributions des dividendes, elle n'autorisait la perception des honoraires qu'au fur et à mesure des répartitions. L'article 5 procède d'une meilleure connaissance des situations complexes qu'on rencontre dans toute faillite. La marche de la procédure, en effet, peut être entravée par des procès inévitables, compliqués par l'exploitation provisoire du fonds. L'article 19 de la loi prévoit par ailleurs la constitution de partie civile du curateur, avec l'autorisation du juge-délégué et non des créanciers comme dans la faillite française : la loi italienne voit en effet dans la faillite un problème de répression à diriger par les agents de l'Etat et estime sans doute que les créanciers, gens émotifs par excellence, ne sont pas habituellement en état de réceptivité pour saisir l'opportunité d'une pareille mesure.

36. — La partie la plus originale de la loi concerne la création d'un fonds spécial, à l'aide des indemnités du curateur, dépassant 2.000 liras : on se plaignait, en effet, de ne trouver que difficilement des curateurs pour les faillites sans actif ; or, le développement de la procédure avait, même dans ce cas, un intérêt pour les créanciers comme pour l'Etat. Désormais, les administrateurs judiciaires ne peuvent se dérober à aucune mission, les mesures exceptionnelles prévues dans ce cas ont déjà été évoquées. En contre-partie, une caisse commune est organisée pour désintéresser les curateurs qui n'auraient pas rencontré en fin de compte un actif

suffisant. Et, cette caisse doit encore distribuer des « primes de rendement » aux magistrats et employés de greffe. Le Ministre qui prenait l'initiative de cette proposition y voyait le moyen certain « d'accélérer la procédure des faillites et de stimuler l'activité des magistrats » ; bien entendu, les primes ne seraient attribuées qu'à ceux qui auraient fourni un travail supplémentaire. Le Président du Tribunal, en accord avec le Procureur du Roi, signale au Premier Président de la Cour ceux qui se sont distingués ; et le Ministre distribue les récompenses sur la proposition d'un Comité, composé de trois magistrats. Ainsi, le dynamisme de la vie commerciale, dont la base est le profit, est-il introduit au tribunal civil, mais avec ses aléas et ses risques. L'établissement d'un tarif syndical unique paraît à première vue une mesure logique ; mais elle n'est pas exempte de critiques. L'existence de deux tarifs serait préférable, l'un plus réduit, pour les gros centres, et l'autre pour les villes de moyenne importance. Dans les grandes villes, il y a un courant d'affaires constant, des collaborateurs compétents, le travail « en série » permet de diminuer les frais. Et, pour les mêmes fins, il semblerait utile de confier à des syndics demeurant au chef-lieu du département, les faillites prononcées par les tribunaux civils d'arrondissement statuant en matière commerciale ; les frais généraux seraient répartis sur un plus grand nombre d'opérations.

Les fautes des administrateurs sont sanctionnées par l'avertissement, le blâme, la suspension d'office pour une période qui n'excède pas une année, la radiation du rôle. L'avertissement et le blâme peuvent être donnés par le Président du Tribunal, ou le Premier Président de la Cour par lettre recommandée ; le Ministère est avisé. La suspension et la radiation sont notifiées au coupable qui a un délai de 30 jours pour demander l'ouverture de la procédure disciplinaire qui se déroule devant une commission spéciale.

*
**

39. — L'article 751, contient une disposition relative aux fonctions des syndics, que nous ne rencontrons pas dans notre Code de Commerce : « Le curateur doit exercer en personne ses fonctions, à moins qu'il n'ait été autorisé par le Juge-Commissaire à les déléguer à ses frais à d'autres personnes pour des opérations déterminées. Il peut, en outre, être autorisé par le Juge-Commissaire, à se faire assister dans l'exercice de ses fonctions par une ou plusieurs personnes payées par lui et sous sa responsabilité; cette autorisation, lorsque des circonstances particulières la justifient, sera accordée, la commission entendue...

« Dans la réunion ayant pour objet la clôture du procès-verbal de vérification des créances, les créanciers devront délibérer sur les diverses autorisations concédées au curateur, et sur les modifications dont elles paraîtraient susceptibles. »

L'article 751 envisage donc deux hypothèses bien distinctes : dans la première, le curateur peut se faire représenter à ses propres frais « pour des opérations particulières », mais non pas pour un groupe d'affaires, et encore moins pour l'intégralité de sa gestion ; il ne s'agit pas en la circonstance d'une substitution de mandat, car le curateur demeure un organe de la faillite, il ne peut pas se faire remplacer ; mais bien plutôt de l'exécution de rapports contractuels, étudiés, déterminés par le syndic, ou arrêtés par le représentant lui-même, rapports liant la faillite. Bien entendu, l'autorisation du juge-commissaire qui dirige la procédure est nécessaire. Cette collaboration doit être distinguée de celles dont le curateur a besoin pour l'accomplissement de sa tâche quotidienne, et qui s'exercent sous sa responsabilité.

Mais l'objet de l'activité de certaines entreprises est tellement spécial qu'une aide intermittente ou perma-

nente de tierces personnes s'impose, dans l'intérêt de la bonne conduite des opérations, véritable louage d'ouvrage, à la charge de l'actif de la masse. L'autorisation du juge n'est pas suffisante, il faut demander *l'avis* de la délégation des créanciers, qui joue ici son rôle consultatif. Et les créanciers eux-mêmes, au moment de clôre le procès-verbal de vérification, décideront si ce concours doit encore être utilisé, et dans quelles conditions de rémunération. Bonelli estime même que de telles décisions peuvent être prisés après la clôture. Le juge-délégué, en effet, convoque les créanciers toutes les fois qu'il l'estime nécessaire, et cette nécessité semble s'imposer quand on prévoit une modification importante dans la gestion de la faillite.

*
**

40. — Le curateur n'est pas un représentant, disent les auteurs italiens¹ ; il n'opère pas au nom d'autrui, il agit en son propre nom, soit comme administrateur de l'actif de la masse, soit en exécution d'une mission qui lui confère un pouvoir et une responsabilité autonomes. Il ne représente pas la masse des biens qui n'a pas de personnalité ; elle reste la propriété du débiteur ; la masse passive est aussi sans personnalité, et le but de l'activité du curateur est de verser à chaque créancier tout ou partie de sa créance, Serait-ce la représentation de chacun des créanciers ? Le curateur reçoit son mandat d'une autorité distincte, il agit même à l'encontre de l'intérêt particulier de tel créancier ou de tel groupe de créanciers. Le débiteur n'est pas un incapable qu'il faille représenter, puisque le curateur travaille même, comme nous le savons, à annuler certains actes commis par le failli. Il y a des cas où son activité se développe dans un cadre tout différent de la sphère des droits du débiteur et des créanciers, par exemple pour la con-

1. NAVARRINI, *ibidem*, n. 142.

fection de l'inventaire ordonné par le juge, l'invitation qu'il adresse aux créanciers pour leur faire part du contenu du jugement de faillite et de la date des assemblées réglementaires, l'établissement du bilan, etc. Cette opinion, qui écarte formellement la théorie de la représentation, a été officiellement affirmée par la loi du 10 juillet 1930 qui a fait du curateur un officier public. Ses fonctions débordent celles du représentant, et, quand elles paraissent se confondre, il faut observer que les fonctions du syndic sont surtout à base d'intérêt collectif, elles ne sont pas inspirées par le souci de protéger le patrimoine de la personne expropriée, mais surtout, par une raison d'Etat : la défense du *jus paris conditionis*, la défense du crédit et aussi la liquidation de l'actif et le règlement des créanciers désormais privés de leur droit d'exécution. La conception du rôle du syndic s'articule directement, on le voit, à celle de la faillite, et la responsabilité dont on le charge s'harmonise avec cette construction.

41. — Nous connaissons déjà les sanctions disciplinaires qui peuvent le frapper. La responsabilité pénale est celle des officiers publics, et l'article 864 du Code de Commerce prévoit notamment des peines d'amende et de prison applicables à ses collaborateurs. Sa responsabilité civile est envisagée dans l'article 744 dans un cas particulier, l'omission ou la négligence dans l'accomplissement des devoirs que lui impose cet article : apposition des scellés, établissement de la liste des créanciers, etc... Il est soumis, dans l'exercice de ses fonctions, à la responsabilité commune à l'égard des tiers, d'après les principes généraux du droit. Il doit justifier des diligences d'un homme moyen, et répond par conséquent, de la « culpa levis » et non de la « culpa levissima ». Il est responsable vis-à-vis du failli, mais seulement au moment de la reddition des comptes, à laquelle sont convoqués les créanciers qui, eux aussi, peuvent discuter sa gestion ; pendant le cours des opérations, un créancier qui s'estime lésé a

la faculté de s'adresser au juge-délégué comme en droit français. Les syndics ne sont pas responsables des actes accomplis sur les ordres du juge-délégué ; la Cour d'Appel de Turin, dans un arrêt du 26 juillet 1931, a déclaré que « dans l'exercice de ses fonctions, le curateur qui suit les directions du juge-délégué, ne supporte aucune responsabilité ». Nous avons déjà fait allusion aux conséquences de cette subordination ; si le curateur est dégagé parce qu'il a été un exécutant, le juge-délégué reste responsable, et ceci peut entraîner pour le prestige de la justice, des conséquences regrettables. L'avis de la délégation couvre également les actes du curateur.

L'assemblée et la délégation des créanciers.

42. — L'assemblée des créanciers n'a pas une physionomie particulière, et ses attributions ne sont pas de nature à compliquer l'administration de la faillite. Elle est consultée lorsque l'intérêt et la responsabilité des créanciers sont en jeu : continuation de l'exploitation, comptes rendus périodiques du curateur, réunion concordataire du concordat de masse.

La délégation des créanciers est une institution qui n'est sans doute pas propre à la faillite italienne, mais qui a été l'objet de la part du législateur d'une sollicitude particulière et de mesures précises ; dans toutes les législations, on rencontre des organismes analogues ; c'est le comité de surveillance dans la loi anglaise (*comittee of inspection*), ce sont les contrôleurs de notre loi du 4 mars 1889, modifiée par le décret-loi du 8 août 1935. Ces groupes de créanciers diversement élus ont pour but de stimuler l'activité de l'administrateur de la faillite, le magistrat commis étant en général absorbé par d'autres occupations. Dans la pratique, leur zèle se manifeste surtout au début des opérations, et se ralentit devant la complexité d'un contrôle sérieusement mené : cette tâche toute gratuite absorberait

en effet un temps qu'ils aiment mieux consacrer à leurs occupations professionnelles, et elle suppose notamment des connaissances juridiques qu'ils ne possèdent pas habituellement. En France, la nomination des contrôleurs est facultative ; ils peuvent être nommés par le juge-commissaire à un moment quelconque de la procédure sur requête présentée par les candidats eux-mêmes ; ce sont toujours des créanciers¹. Leur concours est précieux dès qu'une décision grave est à prendre.

43. — Le Code italien consacre à la délégation des créanciers les articles 723, 724, 725 et 726 et la loi de 1930 renouvelle le mode de désignation dans son article 6. « Pour surveiller l'administration de la faillite, disait l'article 723, les créanciers nomment une commission de trois ou cinq membres choisis parmi eux et désignés dans la première réunion qui suit le jugement déclaratif de faillite. »

Cette réunion, on le sait, a été supprimée avec les curateurs provisoires. C'est le Juge-Commissaire qui est chargé de la nomination, facultative avant la clôture du procès-verbal, obligatoire après cette opération. L'article 723 prévoyait également que la majorité des créanciers vérifiés ou admis au passif pouvait, dans l'assemblée de clôture, changer les membres de la délégation ou quelques-uns d'entre eux ou porter leur nombre de trois à cinq.

Le rôle des créanciers a diminué d'importance avec la loi de 1930 : c'est le juge-délégué qui joue le jeu principal. Les créanciers se contentent de dresser à la majorité des voix une liste de candidats éventuels d'un nombre double, parmi lesquels le juge-délégué choisit, « autant que possible », dit l'article 4, laissant ainsi une porte ouverte au choix absolument libre du magistrat. L'article 724 prescrivait aux membres d'élire un président dans les trois jours de la notification de leur

1. Article 462, § 3 de notre Code de Commerce, modifié par l'art. 3 du décret-loi du 8 août 1935.

nomination ; cette désignation appartient maintenant au juge-délégué, qui modifie éventuellement la composition de la commission à son gré. Les innovations de la loi de 1930 ne procèdent pas du seul souci d'une centralisation de l'autorité ; des manœuvres tendancieuses se produisaient souvent dans les élections faites par les créanciers dans leurs assemblées ; les nouvelles fonction du juge-commissaire coupent court à ces abus.

Dans la faillite française, les contrôleurs doivent être des créanciers ; les représentants des créanciers ne peuvent être contrôleurs. Il en est de même dans la loi de 1930. Mais le Projet de Code de Commerce admet que les représentants et les mandataires fassent partie de la délégation, dans l'intérêt, semble-t-il, des créanciers lointains. Cette disposition a été vivement discutée ; on a estimé finalement que le danger d'intrusion d'éléments indésirables dans la conduite des opérations était tempéré par les pouvoirs du juge.

44. — Les fonctions de la délégation ne présentent pas d'originalité particulière : « Le président, dit l'article 724, représente la délégation de ses créanciers dans ses relations avec le curateur, avec le juge-commissaire et avec le Tribunal ; mais la commission a le droit de répartir le travail entre ses membres soit à tour de rôle, soit par désignation spéciale, pour chaque affaire... »

« La délégation doit se réunir au moins deux fois par mois, mais il est loisible au président de la convoquer toutes les fois qu'il le juge opportun » (art. 725).

« Tout membre de la commission a un droit d'inspection illimité sur les registres et papiers intéressant l'administration de la faillite.

« La délégation, et même le Président seul, à toute époque, a le droit d'interroger le curateur et le failli, il peut requérir toutes les mesures qu'il juge nécessaire dans l'intérêt de la faillite et même la révocation du curateur » (art. 726).

L'activité de la délégation présente trois aspects

différents : la délégation a un rôle d'inspection que nous connaissons ; elle a une fonction consultative quand il s'agit par exemple d'un collaborateur que le curateur emploie à la charge de la masse ; enfin, son avis doit être demandé à peine de nullité pour les transactions, les ventes de meubles, les ventes d'immeubles à l'amiable : c'est alors un corps délibératif.

CHAPITRE II

LA LIQUIDATION DU PASSIF

46. — Les règles de la liquidation du passif font l'objet du titre III du Code de Commerce, des articles 758 à 793. Le titre IV concerne la liquidation de l'actif : c'est un ordre logique, car la vérification du passif est orientée vers la réalisation et la répartition de l'actif. Dans le droit français, le chapitre VI « Du concordat et de l'union » vient immédiatement après la vérification des créances, et c'est logique, cette vérification étant articulée à la phase obligatoire du concordat. L'assemblée concordataire, dans notre code, est l'un des chaînons de la procédure ; que le débiteur ait ou non l'intention de faire des propositions, il faut franchir cette étape. La loi italienne au contraire porte dans une autre direction ses préoccupations essentielles : le concordat est facultatif, le débiteur *peut* proposer un concordat, article 330 ; il n'est pas appelé à une assemblée qui est convoquée par le juge sans qu'il faille le consulter sur ce point, les opérations de la faillite peuvent se développer et être closes après la distribution de la totalité de l'actif, sans que l'idée du concordat ait été évoquée. Et nous touchons ici du doigt l'une des différences fondamentales — peut-être la principale — entre les deux procédures : le législateur italien semble voir dans l'événement de la faillite la condamnation d'un patrimoine, il songe déjà à la liquidation et à la répartition aux créanciers, la faillite est une procédure d'exécution ; le législateur

français est dominé par l'idée d'une tentative de sauvetage à entreprendre d'abord, il songe au débiteur : tendance positive, d'une part, idéaliste de l'autre ; ce double courant, nous l'avons observé déjà, nous le soulignerons encore notamment lorsque nous étudierons le concordat de masse et le concordat préventif, celui-ci dans ses traits communs — et surtout ses différences — avec le règlement amiable homologué ; appareil régénérateur de grande classe qui devait revigorer l'économie nationale, et qui semble avoir totalement manqué son but, tant à cause de ses errements propres que de l'état d'esprit invétéré du débiteur français, qui ne consent à étaler sur la place publique ou dans le prétoire le désarroi de son patrimoine que lorsque celui-ci est complètement épuisé. Et de quelque nom qu'on décore le traitement qu'il subit, la véritable solution pratique est toujours la même : la liquidation et la répartition de l'actif.

*
**

47. — L'objet de la procédure de vérification se justifie aisément dans toutes les législations : les créances portées dans l'inventaire du curateur sont simplement présumées ; la liste déposée au greffe, et basée, le plus consciencieusement possible, sur les documents qu'il a pu rassembler, peut contenir des lacunes ; les déclarations du débiteur par inadvertance ou fraude et le défaut de comptabilité sont la cause de graves erreurs. Il faut donc organiser une procédure spéciale pour permettre aux créanciers de faire vérifier leurs droits et d'obtenir un titre pour participer aux distributions.

Quelle est la nature de cette procédure ? Se déduit-elle d'un système préexistant ? Est-elle une construction juridique dérivée des principes généraux du droit ? *Grammatici certant*. Certains y voient une phase administrative et une phase judiciaire : la première est le dépouillement du passif par les organes de la faillite ;

c'est dans la seconde qu'on voit fixer, au besoin par un jugement, les droits définitifs de chacun. D'autres et c'est l'opinion dominante, estiment qu'on se trouve en présence d'un procès unique qui se déroule en deux actes : l'un inévitable devant le juge-délégué, l'autre éventuel devant le Tribunal. Mais il est, à notre avis, délicat de vouloir systématiser tous les épisodes du drame de la faillite : la tâche du législateur est mixte, son œuvre tient autant de la réglementation que de la logique juridique.

L'exposé des différentes conceptions sur le caractère juridique du procès de vérification sortirait du cadre de ce travail ; nous ne pouvons que renvoyer le lecteur aux études de Liebman, Segni, Nisio analysées et résumées par M. le Professeur Navarrini¹.

*
**

48. — Pour mieux suivre la pensée italienne, rappelons succinctement le mécanisme de notre Code de Commerce. Avant le décret-loi du 8 août 1935, l'idée fondamentale de la procédure de vérification des créances était d'associer à ce travail de vérification tous les créanciers ; ce rôle, on le sait, a été fort réduit par le décret-loi ; la vérification est faite par le syndic et les contrôleurs, s'il en existe ; le débiteur doit être appelé ; une liste provisoire est établie et signée par le Juge-commissaire ; l'état des créances est déposé au greffe, ce dépôt est publié, les intéressés ont un délai de huit jours pour formuler leurs contredits ; si aucune contestation ne s'élève, l'état est définitivement arrêté à l'expiration du délai ; sinon, les créances contestées sont renvoyées à l'audience et arbitrées, suivant la procédure ordinaire.

Cet effacement des créanciers a été critiqué ; il ne semble pas qu'il y ait lieu de le regretter ; le véritable artisan de la vérification a toujours été le syndic, dont l'intégrité est la garantie d'une bonne exécution ; d'ail-

1. *Op. cit.*, tome II, pages 40 et suiv.

leurs, le désintéressement des créanciers des opérations de la faillite est notoirement constant, accoutumés qu'ils sont à voir la faillite, mesure conservatoire dans son principe seulement, déclenchée lorsque le patrimoine s'est déjà effrité sous les coups des créanciers les plus entreprenants, et confiants pour le surplus dans les organismes administratifs de la faillite, avec lesquels ils se mettent en relation directe pour demander tous éclaircissements et apporter leur collaboration.

■
* *

49. — Au début, le travail du curateur est sensiblement celui du syndic. « Aussitôt après sa nomination, dit l'article 741, le curateur devra présenter requête au prêteur pour apposer les scellés si cette formalité n'a pas encore été accomplie. En outre, avec les indications du bilan, des livres et papiers du failli, ou à l'aide de ses propres renseignements il devra dresser la liste des créanciers du failli et envoyer à chacun d'eux une invitation spéciale pour la première réunion, en leur faisant connaître les dispositions du jugement de mise en faillite relatives aux déclarations des créanciers et à la clôture du procès-verbal de vérification. La liste des créanciers, avec l'évaluation approximative de chaque créance, devra être déposée au greffe du tribunal et elle pourra être rectifiée ou complétée **par** le Juge-Commissaire même avant la vérification des créances. »

Pratiquement, deux listes sont établies, créanciers chirographaires d'une part, nantis d'un gage d'autre part. Et le même article prévoit des sanctions ; on préférerait les voir énoncer d'une manière générale, car les diligences du curateur sont indispensables à chaque étape et non point seulement au démarrage.

« En cas d'omission ou de négligence dans l'accomplissement des devoirs qui lui sont imposés par le présent article, le curateur sera tenu de dommages-intérêts, sans préjudice de la destitution dont il pourra être l'objet. »

50. — A la base de la vérification des créances, il y a la production (*insinuazione*), adressée au greffier ; l'article 691, on le sait, fixe pour les productions un délai d'un mois, délai qui peut être prorogé par le juge-délégué si quelques-uns des créanciers résident à l'étranger. « Si quelques-uns des créanciers, dit l'article 759, résident à l'étranger, le juge-commissaire pourra, en ce qui concerne ces créanciers, proroger suivant les circonstances les délais pour la vérification de leurs créances et la clôture du procès-verbal de vérification. Ces mesures seront portées spécialement à la connaissance de chacun des créanciers. » Ce délai supplémentaire ne modifie pas la date de clôture du procès-verbal de vérification qui intervient vingt jours après le délai imparti pour la production des créances. La loi prévoit, en outre, pour les créanciers étrangers, une vérification particulière à l'expiration de ce délai supplémentaire.

Le mécanisme de la vérification.

51. — Dans le système du Code de Commerce, avant la loi de 1930, on pouvait distinguer les deux phases déjà évoquées : un premier travail était effectué par le juge-délégué qui pouvait notamment « ordonner l'intervention du curateur, de la commission des créanciers et celle du failli », art. 761. On n'est pas tenu d'appeler le failli. Après cet examen « les créances non contestées et celles que le juge-commissaire estime justifiées sont admises au passif de la faillite ; mention en est faite par le juge dans son procès-verbal ainsi qu'en marge des pièces justificatives avec indication de la somme pour laquelle la créance est admise.

« En cas de contestation, comme au cas où le juge-commissaire ne croirait pas la créance suffisamment justifiée, toute décision est suspendue jusqu'au jour de la clôture du procès-verbal de vérification, et l'on doit

en avertir expressément le créancier qui n'est pas intervenu en personne ou par mandataire », art. 762.

C'est là le résultat de la première étape et nous sommes à la veille de la clôture du procès-verbal. Et voici le programme de la journée.

Article 763. « Au jour fixé, par le jugement déclaratif de faillite, pour la clôture du procès-verbal de vérification, le juge-commissaire, à l'aide des moyens que l'article 761 met à sa disposition, procède contradictoirement avec les intéressés, à l'examen de toutes les créances contestées en y comprenant même celles sur lesquelles une contestation se serait produite après l'admission.

« Le failli et ceux des créanciers dont les créances ont été vérifiées, ou seulement portées au bilan, peuvent assister à la réunion et s'opposer à toute vérification faite ou à faire. »

Les créances non contestées ou reconnues justifiées par tous les intéressés sont admises au passif de la faillite de la manière indiquée dans l'article précédent.

En cas de contestation, si « les créances contestées ou reconnues justifiées sont de nature commerciale, il appartient au Juge-Commissaire, sauf appel devant le Tribunal, de statuer par une décision unique sur toutes les contestations dont la valeur n'excède pas la compétence du juge de paix ; quant aux autres, il renvoie les parties à jour fixe devant le Tribunal.

« Si les créances contestées sont de nature civile, quelle que soit la somme dont il s'agit, le juge-commissaire doit renvoyer les parties à jour fixe, devant le Tribunal Civil du lieu où la procédure de faillite suit son cours. Dans le cas où aucune des créances n'excéderait la compétence du juge de paix, les parties sont renvoyées devant le juge de paix ou l'un des juges de paix dudit lieu.

« L'audience doit être poursuivie dans les quinze jours qui suivent la clôture du procès-verbal, même si les délais prorogés en vertu de l'article 759 ne sont pas encore échus. »

Cette diversité de juges nuisait à l'unité d'administration de la faillite, à l'examen d'ensemble de la conduite du débiteur. Les intéressés pouvaient exercer les voies de recours ordinaires contre les sentences rendues, et les opérations pouvaient durer indéfiniment.

Les solutions de la loi de 1930.

52. — La nouvelle loi a organisé un système différent¹, en harmonie avec la maîtrise dévolue au juge-délégué dans toute la procédure, rompant hardiment avec les lenteurs de l'article 763 ; c'est l'œuvre des articles 11 et 12. Dans l'assemblée de clôture du procès-verbal de vérification des créances, après avoir examiné les contestations, le juge-délégué admet au passif ou rejette les créances contestées. Le juge peut, même en l'absence de contestation, ne pas admettre au passif des créances qui ne lui paraissent pas justifiées.

« Il consigne le tout dans le même procès-verbal. Néanmoins, il peut renvoyer la décision à moins de quinze jours de la clôture du procès-verbal, et dans ce cas, il devra porter sur le procès-verbal, sous sa signature et celle du greffier, l'admission ou le rejet.... »

Le Tribunal tranche toutes les instances en un seul jugement, et peut admettre provisoirement tout ou partie des créances contestées. L'appel est possible dans un délai de 15 jours à partir de l'affichage du jugement à la porte du Tribunal ; la Cour d'Appel se prononce rapidement en un arrêt unique.

La dispersion des procès de contestation entre des juridictions différentes est ainsi évitée, le Tribunal conserve sa haute surveillance sur la totalité des affaires, dont la solution est accélérée. Telle est, sommairement, la réforme réalisée : les détails complémentaires

1. Le rapport ministériel, présenté à la Chambre italienne pour justifier ce système, est particulièrement intéressant ; on peut le trouver dans l'ouvrage de M. NAVARRINI, tome II, pages 13, 14, 15 et 16 en note.

sont contenus dans les deux derniers alinéas de l'article 11 et dans l'article 12, ils ne justifient aucune observation spéciale.

*
* *

53. — Par contre l'article 13 donne à tout créancier un droit de contestation, mais à ses propres frais, dans le but de réfréner, sinon d'éliminer la manie de la contestation : « Dans un délai de quinze jours à partir de la clôture du procès-verbal de vérification des créances, ou de trente jours dans l'hypothèse prévue par l'article 11, tout créancier peut contester les créances admises par le juge-délégué, en introduisant, à ses propres frais devant le Tribunal qui a déclaré la faillite, une instance séparée contradictoirement avec les titulaires des créances contestées.

« L'assignation doit être délivrée aussi au curateur qui a la faculté d'intervenir dans l'instance.

« Le Tribunal peut, par une ordonnance qui n'est pas susceptible de recours, prendre les mesures provisoires prévues par l'article 814 du Code de commerce (mise en réserve des dividendes des créances contestées).

« Après le délai indiqué ci-dessus, n'est admise aucune contestation sinon dans les conditions prévues dans l'article 770 du Code de commerce. »

Le créancier italien qui a un contredit à formuler soumet ses observations au juge-délégué dans la première phase de la vérification. Le magistrat les enregistre, puis prend sa décision : s'il rejette la créance, le créancier contesté se défend devant le Tribunal et la Cour d'Appel ; le créancier contestant en principe n'intervient plus. Si le magistrat admet la créance, le créancier contestant n'a qu'à s'incliner momentanément. Mais, il lui reste la faculté donnée par l'article 13 : celle d'intenter un procès à ses frais au créancier admis malgré lui : ce système a évidemment l'avantage d'écarter les contestations capricieuses.

L'article 13 laisse intact l'article 770 du Code de Commerce qui contient dans son deuxième alinéa une stipulation originale :

« Alors même que les délais fixés aux articles précédents sont expirés, les créanciers connus ou inconnus peuvent faire leur déclaration contradictoirement avec le curateur, tant que les répartitions n'auront pas épuisé l'actif de la faillite. Le Tribunal peut aussi admettre ces créanciers provisoirement au passif de la faillite, conformément aux dispositions qui précèdent.

On peut aussi faire opposition aux admissions déjà prononcées, dans le cas où l'on découvrirait un faux, un dol, une erreur de fait essentielle, comme dans le cas où l'on viendrait à trouver des titres qui étaient restés ignorés. Les frais occasionnés par les déclarations et oppositions tardives sont toujours à la charge de ceux qui les ont faites... »

Après la clôture du procès-verbal de vérification, aucune déclaration de créance n'est admise, sauf celles prévues par l'article que nous venons de citer, et par l'article 759 déjà cité, concernant les créanciers résidant à l'étranger.

*
**

54. — La décision du juge-délégué qui admet ou qui rejette n'est pas un jugement, mais bien une ordonnance susceptible de recours devant le Tribunal aux termes de l'article 11 de la loi de 1930. C'est une exception à la règle générale de l'article 910 : « Les ordonnances du juge-délégué ne sont susceptibles d'aucun recours, sauf dans le cas spécifié par la loi. Le recours est porté devant le tribunal, à audience fixe. » Mais le débiteur, la faillite close, peut-il contester la créance admise par le juge-délégué, dont la décision n'aurait alors qu'une valeur relative limitée à la procédure de la faillite ? Le failli en effet n'a pas le droit, comme dans la loi française, de s'opposer à l'admis-

sion d'une créance ; il intervient à titre documentaire. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 22 décembre 1934, a estimé qu'une telle admission au passif n'avait pas les caractères substantiels de la chose jugée ; ce n'est donc pas le contrat judiciaire du droit français qui lie toutes les parties en présence, y compris le failli.

L'article 12 de la loi de 1930 prescrit au curateur d'aviser immédiatement les créanciers, qui n'ont pas été admis au passif, de l'audience du Tribunal où une décision sera prise, audience d'ailleurs fixée par le juge-délégué. « Si, à cete audience, dit l'article 12, le créancier ne comparait pas, la demande est réputée abandonnée. » On a discuté sur la portée de cette stipulation. Est-ce l'extinction du droit de créance ? Ou s'agit-il simplement de la déchéance d'un acte de procédure ? Le Tribunal de Milan¹ a estimé que, à la suite du défaut, l'instance devait être réintroduite comme pour une production tardive, dans le cadre de l'article 14² : « Après la clôture du procès-verbal de vérification, ne sont pas admises de nouvelles déclarations de créances, sauf l'application de l'article 770 du Code de Commerce (cité plus haut), et sauf la vérification supplémentaire des créances pour la déclaration desquelles a été prorogé le délai légal conformément aux dispositions de l'article 759... » concernant les créanciers résidant à l'étranger.

55. — Ce même article 12 précise dans quelles conditions de rapidité la Cour doit se prononcer sur les appels interjetés par les créanciers contestés et il termine par la suppression des renvois autres que ceux nécessités par le groupement de toutes les contestations en vue d'un unique arrêt : « Ne sont admis ni d'autres renvois, ni les comparutions tardives ». L'insertion de

1. 20 décembre 1930.

2. La Cour de Cassation a confirmé une telle interprétation dans un arrêt du 9 juin 1933, voir des références complémentaires dans l'ouvrage de M. NAVARRINI, tome II, page 25, notes 3 et 4.

ce texte dans la loi a donné lieu à de sérieuses difficultés au cours des travaux préparatoires : la Commission parlementaire était favorable à un système de renvoi, compris entre de strictes limites, dont le Ministre ne voulait même pas. « La question des renvois, disait-il, constitue une des plaies de notre procédure, et particulièrement de notre procédure de faillite. » Evidemment, c'est dans les renvois que s'abritent, à toute époque et dans tous les pays, l'insouciance, la médiocrité et l'indifférence de trop nombreux mandataires ; les Présidents des Tribunaux ont à jouer dans ce domaine un rôle considérable ; il y faut toutefois de l'énergie ; or, dans une atmosphère de solutions à la petite semaine, il est dur de se durcir... Les parties, heureusement ne s'insurgent que dans des cas exceptionnels, pourvus qu'ils sont d'une dose sérieuse de philosophie. La suppression des renvois serait une révolution ; le Ministre italien ne se fait pas d'illusion ; évoquer une pareille stipulation constitue déjà un véritable réquisitoire. La Commission lui dira que de pareils textes ne sont jamais appliqués, même pour les conflits du travail, que l'inobservation des détails de rigueur n'est pas une cause de nullité des actes de procédures subséquents. Il maintient néanmoins sa position : le fait que la loi proclame l'inadmissibilité des renvois est un acte solennel, une invitation sévère qui s'adresse aux juges et aux parties ; et si des renvois non motivés se produisent, il sera toujours possible de signaler à l'état-major suprême de la magistrature l'inobservation de la loi. La Commission rétorque que certaines grosses affaires nécessitent un examen approfondi, qu'il serait préférable de proscrire les renvois avec la réserve « excepté pour de graves motifs ». Le Ministre réplique que ce sont là des cas exceptionnels, que les statistiques démontrent bien plus rapidement les effets bienfaisants de pareilles défenses, que les controverses s'éteignent bien plus rapidement si la loi est sévère. Son texte fut adopté, et avec raison, car les

dossiers sont déjà instruits en arrivant à la Cour d'Appel ; pareille interdiction serait nuisible devant le Juge de première instance. En tout cas, il faut souligner, dans cette simple discussion, l'effort qui tend à organiser une technique juridique rigoureuse, en sacrifiant inévitablement quelques situations intéressantes ; la loi est construite d'après le cas type. Nous allons retrouver la même tendance à chaque étape de notre travail notamment à propos de l'institution du pourcentage minimum dans le concordat de masse et le concordat préventif.

L'article 18 de la loi de 1930 a ainsi soulevé de nombreux problèmes assortis d'un vif intérêt, soit au moment de son élaboration, soit dans son application. Il serait curieux de prendre un à un les principaux articles de cette loi, de suivre leur destinée à travers les différentes décisions jurisprudentielles ; ce serait un premier pas vers une étude approfondie de la faillite en droit italien.

Les productions et les contestations tardives.

56. — Il nous paraît utile pour les créanciers français des faillites italiennes, avant d'aborder la liquidation de l'actif, de rappeler et de grouper les textes concernant les productions et les contestations tardives.

Avant la loi de 1930, deux hypothèses étaient envisagées : le jugement de faillite, rappelons-le, fixe un délai d'un mois pour la déclaration des créances au greffe du Tribunal ; vingt jours après, c'est la clôture du procès-verbal. L'audience où le Tribunal statue sur les contestations est tenue quinze jours après la clôture. Si le créancier retardataire veut agir avant le jugement à intervenir, et, évidemment, après la clôture du procès-verbal, « Les déclarations des créances, dit l'article 764, et les oppositions aux déclarations ou admissions de créance déjà formulées, devront être notifiées au curateur et aux créanciers dont les créances sont

contestées ; elles seront déposées au greffe avec les pièces justificatives deux jours au moins avant l'audience fixée pour statuer sur les contestations. » Mais, il peut ne pas y avoir de contestation, par conséquent, pas d'audience fixée. « Dans ce cas, continue l'article 764, l'audience doit être fixée dans un délai qui ne soit pas moindre de cinq jours ni plus long que quinze jours à partir de la clôture du susdit procès-verbal. »

Et, voici la seconde hypothèse : le jugement statuant sur les contestations a été rendu, ou bien quinze jours se sont écoulés depuis la clôture du procès-verbal ; le créancier ne peut plus appliquer l'article 764. Alors intervient l'article 770 déjà cité.

La loi de 1930 n'a pas laissé subsister cette distinction : elle considère, dans son article 14, comme tardives toutes les productions faites après la clôture du procès-verbal et les soumet au traitement de l'article 770 du Code de Commerce. Elle laisse subsister la vérification exceptionnelle de l'article 759.

Le jugement de faillite fixe un terme pour les productions ; ce délai passé, toute production devrait être considérée comme tardive. Or, l'article 14 est formel : le point de départ des productions tardives est la clôture du procès-verbal. Le cinquième alinéa de l'article 691 — article qui détaille le contenu du jugement de faillite — paraît n'avoir plus d'objet. Il y a là un manque d'harmonie, et une juste rectification omise par la nouvelle loi.

*
**

Les contestations étaient régies, avant la loi de 1930, par l'article 764 : si elles étaient faites deux jours avant l'audience fixée pour statuer sur les contestations, elles étaient soumises aux mêmes formalités que les déclarations tardives ; elles devaient, toutefois, être notifiées aux créanciers contestés. Après ce jugement, des contestations ne pouvaient s'élever que dans les cas prévus par l'article 770 ; faux documents, dol,

erreur de fait substantielle, découverte de titres jusqu'alors ignorés ; jusqu'à la décision définitive, les dividendes demeuraient bloqués. D'après l'article 13 de la loi de 1930, out créancier peut, à ses frais intenter une action séparée pour contester une créance admise, par voie d'assignation délivrée au créancier contesté, dans un délai de 15 jours ou de 30 jours à partir de la clôture du procès-verbal. En dehors de ce délai, dit le même article 13 *in fine*, ne sont plus possibles que les contestations de l'article 330.

CHAPITRE III

LA LIQUIDATION DE L'ACTIF

57. — La vérification du passif est donc terminée ; et nous voici arrivés à l'étape où s'aperçoit nettement le trait caractéristique de chaque procédure ; en droit français, elle est axée vers le concordat, en droit italien elle est subordonnée à la liquidation et à la répartition de l'actif. Ces deux conceptions fondamentales dans chaque système conduisent à des modalités différentes dans la réalisation du patrimoine du débiteur.

M. le Professeur Navarrini¹ en fait ressortir avec netteté la différenciation.

« L'activité du curateur, dirigée vers la conservation du patrimoine du failli, et dont il s'est agi jusqu'ici, est préordonnée à sa liquidation et à la répartition du produit entre les créanciers concourants. C'est vers ce but que la procédure, dans notre législation, est dirigée. Elle est, en d'autres termes, orientée vers la réalisation la plus profitable de ce qu'est le patrimoine du failli, administré et complété par l'application des actions qui lui sont propres. Il s'agit de liquider l'actif de la faillite : grâce au dessaisissement, il n'est plus ni à la disposition, ni sous l'emprise juridique du failli ; consacré désormais à la satisfaction des créanciers, il doit être liquidé pour pouvoir atteindre cette fin. Et c'est ainsi que s'ouvre une liquidation judiciaire forcée, une expropriation générale, soustraite à l'action individuelle, concentrée dans les mains du curateur... »

1. Tome II, pages 45 et 46, n^{os} 319 et 322.

Cette vocation de la procédure de faillite, nous ne la retrouvons dans notre code de commerce qu'après la formation de l'union.

« Le Code italien n'a pas suivi le système adopté par le Code français pour lequel la procédure de la faillite se divise en deux phases, la première dans laquelle aucune organisation n'existe encore et qui tend à la proposition et à l'obtention d'un concordat ; la seconde est postérieure à la première, lorsque celle-ci n'a pas atteint son but ; dans cette phase, à la suite d'un contrat (contrat d'union) s'organise la masse, on nomme des syndics définitifs, on procède à la liquidation. Dans notre système, la procédure est unique — elle est d'un bout à l'autre complètement organisée — et unique est le but : la liquidation du patrimoine du failli et la réserve — et ceci est raisonnable — que la liquidation ne puisse pas commencer avant l'expiration d'un délai postérieur au moment où — comme l'indique explicitement la nouvelle loi — une demande de concordat est admissible. On comprend, en effet, que la vente, commencée ou consommée, rende plus difficile ou pratiquement impossible le concordat. » Le concordat est un incident de la procédure de faillite qui toutefois est organisée pour cette solution.

*
**

58. — Les règles générales de la liquidation sont énoncées dans l'article 793, qui est le premier article du titre IV, intitulé : « De la liquidation de l'actif » ; titre qui comporte trois chapitres : « Des modes de réalisation de l'actif », « De la vente des meubles et immeubles du failli », « De la revendication ». La liquidation de l'actif succède dans le code italien à la liquidation du passif, comme la phase de la réunion concordataire suit immédiatement la vérification du passif dans le code français.

« Article 793. — Le curateur doit procéder sous la

surveillance de la délégation, et sous la direction du juge-commissaire à la liquidation de l'actif de la faillite, soit en établissant et en recouvrant les dettes actives, soit en procédant à la vente des biens, meubles et immeubles, dès l'expiration du délai de dix jours postérieur au jugement mentionné à l'article 765.

« Si, dans l'intervalle, une proposition de concordat a été faite, pour le succès de laquelle il paraisse opportun de retarder la vente, le curateur pourra surseoir en vertu de l'autorisation du juge-commissaire.

« La vente devra toujours être précédée de l'estimation des objets à vendre, faite par experts choisis par le juge-commissaire, et déposée au greffe. »

L'article 765 figure au chapitre « De la vérification des créances » ; la clôture du procès-verbal est prononcée, les oppositions ont été notifiées au curateur et aux créanciers contestés (article 764), il s'agit de trancher ces contestations par un jugement.

« Article 765. — Le Tribunal (ou le préteur), après un examen comparatif de toutes les contestations fait contradictoirement avec le curateur, et les personnes désignées en l'article précédent, statue par un seul jugement, même lorsqu'il s'agit d'ordonner quelques mesures d'instruction relatives à une ou plusieurs créances. »

L'expression « ou le préteur » n'a plus de raison d'être, toutes les contestations étant justiciables du même tribunal.

Par conséquent, d'après ces textes, le curateur attend que dix jours se soient écoulés après le prononcé de ce jugement, puis il se met en devoir de réaliser l'actif. Une proposition de concordat peut alors surgir, mais la remise à une date ultérieure de ventes projetées n'est pas obligatoire, elle est subordonnée à l'appréciation du juge, l'objectif essentiel étant toujours la liquidation du patrimoine. Et dans ce rôle de liquidateur, la fonction d'officier public du curateur apparaît avec un relief particulier : il dessert l'intérêt des créan-

ciers et du failli lui-même ; il accomplit des actes de disposition sur le patrimoine du failli sans procuration et sans le moindre droit de propriété.

*
* *

59. — Les deux codes contiennent des dispositions communes, qu'il s'agisse du recouvrement des créances, de la vente des meubles, des immeubles, ou de la continuation de l'exploitation au nom de la masse, qui est une manière pratique et efficace de réaliser tous les éléments de l'entreprise, ou encore des transactions intéressant la masse.

L'article 793 a posé un principe : pas de réalisation avant le délai légal ; mais l'autorisation pourra en être accordée, dit l'article 798, *pour de justes motifs*, avant l'expiration de ce délai, le failli dûment appelé. Cet article 798 rappelle étroitement notre article 486, mais tandis que les ordonnances du juge italien sont sujettes à l'appel devant le Tribunal, celles rendues en application de l'article 486 ne sont susceptibles ni d'opposition, ni d'appel, ni de recours en cassation. Les objets sujets à détérioration, à dépréciation imminente, dispendieux à conserver, peuvent être réalisés dès l'ouverture de la faillite. Et l'expression « pour de justes motifs », interprétée par le juge et le curateur, englobe tous les cas de nécessité, comme par exemple, une occasion de vente favorable qui ne se représentera plus. Les transactions indéterminées, ou d'une valeur supérieure à 5.000 liras, nécessitent l'homologation du Tribunal ; le failli a le droit d'être appelé, l'absence de cette formalité entraîne la nullité de la transaction. Le recouvrement des créances est commencé et poursuivi par le curateur, dès la déclaration de faillite, sous la surveillance de la délégation, et sous réserve des tempéraments prescrits par le juge-délégué ; il peut constituer des hypothèques et en donner mainlevée (article 748). Ces règles générales n'ont rien de particulièrement original.

60. — Après les premières tentatives de vente des biens meubles, il peut arriver que la vente massive du reliquat s'impose, et dans ce cas, l'article 799 avait prévu les modalités d'une aliénation à forfait.

« Article 799. — Le Tribunal, à la requête du curateur et le failli dûment appelé, peut autoriser ledit curateur à tenter et à conclure l'aliénation à forfait en tout ou partie des biens meubles restant et des créances non recouvrées. L'acte d'aliénation devra être approuvé par la délégation des créanciers et homologué par le Tribunal. »

L'article 15 de la loi de 1930 transfère au juge-délégué les pouvoirs d'autorisation, détenus par la délégation des créanciers, et la responsabilité du tribunal qui homologue. « L'autorisation de l'aliénation en masse des biens mobiliers, prévue dans l'article 799 du Code de Commerce, et des immeubles prévue dans l'article 800 du même Code, est accordée suivant les instructions du juge-délégué... » D'après certains auteurs, le fait que l'article 15 renvoie aux articles 799 et 800 — imposant l'assentiment de la délégation et l'homologation — impliquerait que ces formalités sont nécessaires même actuellement, la seule autorisation du juge-délégué pouvant d'ailleurs jouer dans certains cas exceptionnellement avantageux¹. Cette interprétation ne nous paraît pas décisive : l'esprit de la loi de 1930 est de simplifier la procédure, elle a renforcé l'autorité du juge-délégué, ses pouvoirs de direction et de gestion, il semble normal de lui faire assumer, dans un but de rapidité, la responsabilité totale de telles opérations. Elles n'interviennent d'ailleurs qu'en fin de compte, alors que les éléments d'actif de vente courante sont déjà aliénés, et qu'il ne reste plus que des objets disparates ou des créances irrécouvrables. La charge de la décision n'est donc pas tellement lourde qu'il faille toute une cascade d'approbations.

1. NAVARRINI, *op. cit.*, page 50 et BONELLI, cité en note page 51.

Cette aliénation à forfait existe dans notre Code de Commerce (art. 570) depuis le décret-loi du 25 août 1935. Le Code de Commerce italien actuel a été promulgué en 1882, et une telle disposition existait déjà dans le Code sarde de 1842, à l'article 615¹.

*
**

61. — La vente des immeubles est réglée par les articles 800 et 801, elle présente certains traits originaux.

« Art. 800. — A partir du jugement déclaratif de faillite, aucun créancier ne pourra poursuivre l'expropriation des immeubles, même de ceux sur lesquels il aurait un privilège ou une hypothèque, mais il appartient au curateur d'en poursuivre la vente moyennant l'accomplissement des formalités édictées pour les ventes de biens de mineurs.

« Il devra, à cet effet, adresser une requête au Tribunal civil dès l'expiration du délai fixé par l'article 793 (celui qui impartit un délai de dix jours après le jugement statuant sur toutes les contestations).

« Si aucun acheteur ne s'est présenté aux enchères, le juge-commissaire pourra autoriser la vente de gré à gré lorsque cette manière de procéder paraîtra manifestement avantageuse, sur la requête du curateur, approuvée par la commission des créanciers, et par les créanciers hypothécaires.

« L'acte de vente devra être soumis à l'homologation du Tribunal Civil. »

Le jugement de faillite, on le sait, arrête les poursuites individuelles, même si elles doivent émaner des créanciers privilégiés et hypothécaires, et c'est là un effet excellent de cette sentence, car la vente de l'immeuble ou du gage peut être fatale à l'entreprise du débiteur ; il suffit que le créancier conserve un droit de préférence sur le prix. Les poursuites peuvent être commencées au moment de la faillite ; le curateur doit

¹. Voir « Codice di Commercio per gli stati de S. M. Il Re di Sardegna », édition 1843, page 234.

alors intervenir pour hâter le développement de la procédure de vente, et prendre la place du créancier poursuivant ; position mixte, tendant à concilier les pouvoirs et les devoirs des organes de la faillite avec les avantages à réserver aux créanciers gagistes. Candian justifie ainsi cette situation : « ... La loi a résolu cette difficulté dans d'autres pays, en considérant le bien frappé du privilège comme sorti du patrimoine soumis à la procédure de concours : quant à la nôtre, elle n'est pas allée jusque-là, et a été amenée à une solution intermédiaire. Elle a considéré comme acquis, d'un côté, que l'élément d'actif grevé faisait partie du patrimoine du débiteur, et comme tel l'a normalement soumis à l'initiative et à l'emprise contentieuse des agents d'exécution ; d'autre part, elle a mis en relief, pour y trouver une raison de déroger au droit commun, le fait que le créancier avait déjà entrepris, au moment du jugement de faillite, des poursuites exécutoires sur la chose frappée du privilège spécial ou de l'hypothèque ; et dans ces conditions, tenant compte de l'intérêt particulier que présente la vente pour le créancier privilégié, a décidé, par exception, que ce créancier continuerait son action, avec l'intervention obligatoire du curateur. »

62. — Au cas où la vente aux enchères ne donnerait aucun résultat, la mise à prix ne peut pas être baissée, la vente amiable est autorisée, la délégation des créanciers doit approuver à la majorité des voix (article 724) et l'accord de tous les créanciers hypothécaires doit être obtenu ; exceptionnellement, la délégation à voix délibérative et non consultative. L'article 15 de la loi de 1930 n'a rien modifié, d'après les auteurs italiens cités, à propos de l'aliénation à forfait des biens mobiliers, à cette procédure. Le consentement des créanciers hypothécaires est indispensable : « Sans leur concours, dit Navarrini, on ne pourrait pas arriver à l'effet de la vente forcée, qui consiste à faire passer l'immeuble dans le patrimoine de l'acheteur, purgé d'hypo-

thèques ; la substitution de la vente sous signatures privées à la vente judiciaire éliminerait ce résultat ¹... » La vente aux enchères purge l'immeuble automatiquement. Les créanciers hypothécaires et privilégiés sur les immeubles doivent produire. Cette obligation n'existe pas dans la loi française, au moins théoriquement ; mais, pratiquement, les créanciers privilégiés au titre de l'article 2101 du Code Civil sont amenés à produire, car les privilèges se multiplient, les conflits sur les contrats de travail se compliquent de plus en plus, l'actif mobilier est généralement absorbé par le privilège occulte du Trésor, à la grande déception des créanciers chirographaires, fournisseurs de matières premières et complètement désarmés par la loi pour apprécier la position du débiteur vis-à-vis du fisc ; c'est l'une des causes de la restriction du crédit dans le commerce et l'industrie. Actuellement, la vérification des créances privilégiées donne aux syndics autant de souci que celle des créanciers chirographaires ; difficultés qui sont, nous le savons, nombreuses : salaires, indemnités de congédiement, de clientèle pour les représentants, congés payés, assurances sociales, allocations familiales, le tout nécessite un gros travail qui a sa répercussion sur les sommes à revenir au dernier créancier hypothécaire, et de nombreux tribunaux de commerce allouent avec juste raison à leurs syndics, une rémunération à prélever sur le prix des immeubles ; beaucoup de faillites se ramènent en fin de compte à un ordonnancement de privilèges.

En matière de vente d'immeubles, comme dans tout le reste de la procédure, la préoccupation dominante du législateur est de tout concentrer entre les mains du juge de la faillite : la vente des immeubles doit se faire, non point devant le Tribunal du lieu où se trouvent les biens, mais devant le Tribunal de la faillite.

1. NAVARRINI, tome II, page 34.

*
**

63. — La continuation de l'exploitation du fonds de commerce est une manière préconisée par la loi pour réaliser l'actif.

« Article 794. — Il y a lieu pareillement de suspendre la vente des biens si les créanciers décident de continuer à administrer en tout ou en partie le patrimoine commercial du failli, pour une durée, dans une limite et à des conditions qu'ils devront exactement déterminer.

Cette décision ne peut être valable qu'en vertu d'une délibération prise à la majorité des trois quarts des créanciers en nombre et en somme ; les créanciers dissidents, ainsi que le failli, pourront y faire opposition devant le Tribunal, mais l'opposition ne suspendra pas les effets de la délibération. »

La responsabilité illimitée des créanciers qui ont consenti à cette continuation est formellement mentionnée dans l'article 795 ; et l'article 796 stipule, comme notre article 536, que le juge-commissaire devra convoquer les créanciers au moins une fois l'an pour examiner le compte de gestion du curateur. Il s'agit en effet d'une décision grave, les risques sont sérieux, cette activité commerciale pouvant être déficitaire. Les majorités sont imposantes, les mêmes d'ailleurs que celles imposées par notre article 532.

La loi de 1930 n'a pas modifié les grandes lignes de ces dispositions. L'article 8 — qui figure immédiatement après celui qui traite de l'apposition des scellés, et qui concerne par conséquent le début des opérations — est entièrement consacré à cette question.

« En aucun cas, le juge-délégué ne peut autoriser la continuation provisoire du commerce du failli. Seulement lorsqu'un préjudice grave et irréparable pour les créanciers peut résulter de sa brusque interruption, cette autorisation peut être accordée par le Tribunal

par décision prise en chambre du conseil et non susceptible de voie des recours. » Le décret-loi du 8 août 1935 n'est pas moins catégorique : « L'exploitation du fonds de commerce à la diligence des syndics ne devra être autorisée par le Tribunal sur le rapport du juge-commissaire que dans le cas où l'intérêt public ou celui des créanciers l'exigerait impérieusement. » Tel est l'esprit qui préside à la lourde mesure à prendre ; aucun recours dans les deux cas.

64. — Voilà pour le début de la faillite. Mais, ce qui nous occupe, c'est la décision à intervenir au moment où la liquidation de l'actif va commencer. L'article 8 continue : « Dans l'assemblée de clôture du procès-verbal de vérification des créances, les créanciers, à l'exclusion des privilégiés, délibèrent sur le point de savoir si l'exploitation du commerce du débiteur doit être continuée ou reprise en tout ou en partie, sous réserve des dispositions de l'article 794, du Code de Commerce ». Il était admis finalement, devant le seul article 794, que tous les créanciers pouvaient prendre part à la délibération ; l'article 8 est formel, les privilégiés sont exclus et cependant leur intérêt est directement engagé en la circonstance : l'actif mobilier — gage de leur créance — peut être anéanti par le déficit ; l'exploitation crée un passif nouveau qui leur est opposable. Le code français — article 526 — admet les créanciers privilégiés et hypothécaires à toutes les délibérations ; la gestion du patrimoine est un bien commun sur lequel chacun peut émettre un avis intéressé. Les dissidents et le débiteur peuvent faire une opposition qui ne suspend pas l'exécution ; le jugement rendu par le Tribunal n'est pas susceptible d'appel.

L'exploitation va donc être entreprise, mais le délai d'un an fixé par l'article 796 pour la reddition périodique des comptes du syndic est réduit à quatre mois par le dernier alinéa de l'article 8 :

« Si l'exploitation du commerce est ordonnée, les créanciers sont convoqués au moins tous les quatre

mois pour entendre le compte-rendu du curateur et pour décider s'il faut continuer ou non l'exploitation. »

D'ailleurs, ces réunions sont obligatoires, même s'il n'y a pas d'exploitation ; elles stimulent l'activité du curateur et les délibérations doivent être toujours prises avec les majorités prévues par l'article 794.

*
**

64. — Le patrimoine du failli, avons-nous rappelé au début de ce chapitre, doit être « administré et complété par l'application des actions qui lui sont propres ». L'action en revendication est l'une de ces actions ; il appartient au curateur de ne pas englober dans le patrimoine du débiteur des biens appartenant à des tiers ; les droits de ceux-ci sont fixés par les articles 802 à 808 du Code de Commerce qui forment le dernier chapitre du titre IV consacré à la liquidation de l'actif. Ces articles s'apparentent étroitement avec les articles 574 à 579 de notre code ; nous n'y insistons pas.

C'est là pour le curateur une action en défense. Toute autre est l'action en révocation de certains actes accomplis par le débiteur, au cours de la période suspecte (*azione revocatoria fallimentare*). Le législateur italien lui a consacré les articles 704 à 711 ; le code organise, on le sait, les effets du report de la date de la cessation des paiements dans les articles 446 à 449. Les deux systèmes s'inspirent des mêmes préoccupations : il s'agit de rétablir l'égalité entre les créanciers compromise par les opérations inconsidérées faites par le négociant aux prises avec la gêne, cherchant par tous les moyens à faire face à ses difficultés, sacrifiant des éléments de son patrimoine pour satisfaire des créanciers plus exigeants ou plus entreprenants ; il s'agit aussi de concilier l'intérêt des créanciers chirographaires avec la sécurité du crédit public.

66. — « Les *juris consultes* italiens du moyen âge, qui furent les véritables fondateurs de la faillite moderne,

donnèrent les premiers à cette partie de l'institution son aspect original. Ils étaient d'accord pour assimiler, au négociant failli, le négociant près de faillir (*proximus decoctioni*), et pour annuler, en conséquence, les actes accomplis par ce dernier : « *Inter decoctum et esse proximum decoctioni, in jure nulla adest differentia, nulla intercedit inter eos distinctio* ». Seulement ils ne s'entendaient pas pour déterminer l'époque à partir de laquelle un commerçant devait être considéré comme « *proximus decoctioni* » : les uns fixaient cette époque à quatre, d'autre à dix, d'autres enfin à quinze jours avant le moment où la faillite était devenue publique (*foro cesserit*)¹. »

La limitation dans le temps de la période suspecte présente, dans la loi française, une grande souplesse, elle est laissée à la libre appréciation du juge : chaque faillite à sa physionomie particulière, l'art du débiteur peut consister, pendant plusieurs années, à ne pas payer certaines créances pour faire face à d'autres dettes plus criardes, et à anéantir ainsi son patrimoine ; il appartient au syndic et au Tribunal de dépister ces manœuvres. L'art. 704 du code italien, adoptant une autre méthode, fixait impérativement un délai maximum de trois années ; l'art. 9 de la loi de 1930 l'a ramené à deux années. « Rien n'est plus arbitraire que de vouloir, ainsi qu'on le fait avec le second procédé, ramener le sort des actes du failli aux mesures immuables du calendrier. Il y a des faillites qui s'annoncent de longue date, comme il en est d'autres qui éclatent subitement...² » La solution française, malgré le germe d'incertitude pour les affaires qu'on lui reproche de contenir, nous paraît s'adapter à la variété des cas d'espèce, et les tribunaux savent l'appliquer avec discernement.

67. — La classification des actes sujets à révocation

1. Ouvrage de M. PERCEROU, déjà cité, tome I, n. 562 et note 2.

2. *Ibidem*, n° 567.

rappelle l'énumération de nos articles 446, 447 et 448. L'article 707 groupe les actes révocables par cela seul qu'ils se placent dans la période suspecte : actes translatifs de propriété à titre gratuit, paiement de dettes non échues faits en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement. Une seconde catégorie est visée, dans les quatre derniers alinéas, par l'article 709 qui stipule que « sont réputés faits en fraude des droits des créanciers, et à défaut de preuve contraire doivent être annulés par rapport à la masse, s'ils ont eu lieu après la date de la cessation des paiements :

.....
« 2° Tous actes et contrats commutatifs dans lesquels les valeurs données ou les engagements contractés par le failli dépassaient notablement la valeur de ce qui lui avait été donné ou promis ;

« 3° Les paiements de dettes échues ou exigibles qui n'ont pas été faits en espèces ou soldés à l'aide d'effets de commerce ;

« 4° Les nantissements en antichrèses et hypothèques constitués par les biens du débiteur.

« La même présomption a lieu pour les actes, paiements et aliénations à un titre quelconque consentis dans les dix jours précédant la déclaration de faillite, même en l'absence des conditions ci-dessus spécifiées. »

Mais il ne s'agit pas d'une présomption « juris et de jure » ; la preuve contraire est admise. Et comment le tiers s'opposera-t-il à la révocation ? En démontrant qu'il ne connaissait pas l'état de cessation des paiements ? Ce n'est pas cette circonstance que présume la loi : la loi présume la fraude.

Dans son deuxième alinéa, l'art. 709 prévoit une troisième série de nullités — plus exactement : de révocations — : « Tous actes, paiements et aliénations à titre onéreux, lorsque le tiers contractant connaissait l'état de cessation de paiements dans lequel se trouvait le commerçant, bien que celui-ci ne fût pas encore déclaré en faillite. » Il appartient au curateur de prou-

ver que le tiers était au courant de l'état de cessation. Alors seulement la fraude est présumée ; et cette présomption supporte la preuve contraire. Il s'agit en effet ici d'actes normaux dans le fonctionnement d'une entreprise ; les actes visés par les autres paragraphes de l'art. 709 avaient l'apparence d'actes anormaux ; on comprend qu'ils soient soumis à une plus stricte discipline.

Enfin l'action paulienne ordinaire est évoquée dans l'art. 708 :

« Tous autres actes, paiements et aliénations faits par le débiteur en fraude de ses créanciers, quelle que soit l'époque à laquelle ils aient eu lieu pourront être annulés en vertu des dispositions de l'article 1235 du Code Civil. »¹

L'art. 1235 du Code Civil italien n'est pas autre chose que notre art. 1167. Cette action paulienne ordinaire ne peut pas jouer en même temps que l'action en révocation que nous venons d'étudier et qui s'applique spécialement et uniquement à la période suspecte ; elle doit s'entendre pour la période antérieure à la date définitive de la cessation des paiements, malgré l'équivoque créée par l'expression « quelle que soit l'époque »¹.

1. Pour l'étude approfondie de la période suspecte, voir l'ouvrage de M. NAVARRINI, tome II, page 283 et suiv., et dans l'ouvrage de M. PERCEROU, tome I, pages 746 et suiv.

DEUXIEME PARTIE

LES SOLUTIONS DE LA FAILLITE

CHAPITRE I. — *La clôture de la faillite.*

— II. — *La cessation de la faillite.*

— III. — *Le concordat dans la faillite italienne.*

— IV. — *Le concordat de masse.*

— V. — *Le concordat préventif.*

— VI. — *La procédure des petites faillites.*

CHAPITRE PREMIER

LA CLOTURE DE LA FAILLITE

68. — La procédure de faillite dégagée d'incidents comporte trois actes principaux : la liquidation du passif, celle de l'actif, la répartition de l'actif et la clôture; les trois phases s'articulent l'une à l'autre, en un mécanisme préconçu, actionné par un personnel parfaitement organisé dès le prononcé du jugement. C'est ce qui caractérise, nous le savons, la faillite en droit italien. En droit français, la réalisation de l'actif ne se fait normalement qu'après le rejet du concordat s'il en est proposé un, ou après le franchissement de l'étape de la réunion concordataire, si le débiteur reste silencieux. Auparavant, celui-ci peut s'opposer à la vente des immeubles, sauf dans des cas très spéciaux ; les aliénations permises ne doivent pas compromettre son patrimoine au point de rendre impossible une proposition de concordat ; si le fonds de commerce est l'instrument indispensable du débiteur au lendemain de son concordat, il ne peut pas être vendu, et l'ordonnance autorisant la vente ne serait pas rendue dans les limites des attributions du juge-commissaire. « Bien qu'à la différence de certaines lois étrangères, le Code de Commerce français n'édicte personnellement aucune disposition générale destinée à prévenir, pendant la période qui précède l'assemblée appelée à se prononcer sur le concordat, les aliénations ou les distributions de dividendes prématurées qui compromettraient l'avenir et en rendraient le concordat impossible, cette règle

n'existe pas moins en droit français, car elle est conforme à la nature des choses et commandée par la structure d'ensemble de la faillite. Jusqu'au concordat ou à l'union, le syndic doit se borner à prendre les mesures urgentes, nécessaires ou utiles pour empêcher la diminution de valeur de l'actif, et s'abstenir des actes qui, par leurs conséquences, préjugeraient l'avenir¹. »

69. — L'expression « clôture de la faillite » — *chiusura del fallimento* — a une portée nettement distincte de la « cessation de la faillite » que nous allons examiner dans le chapitre suivant. La demande et l'obtention d'un concordat constituent l'incident classique qui fait dévier la procédure de son déroulement naturel. Le concordat de masse est un des cas de cessation de la faillite. La faillite est close en raison des événements suivants : répartition totale de l'actif entre les créanciers, ou paiement intégral des créances en capital et intérêts antérieurs à la faillite, avant même que tout l'actif ait été épuisé.

« Après toutes les répartitions du produit des ventes mobilières et immobilières du failli, dit l'article 815, la procédure de faillite est terminée, mais chacun des créanciers conserve ses droits au paiement de ce qui leur reste dû... »

Evidemment, le curateur a des comptes à rendre, et les redditions de comptes des curateurs se font dans les mêmes conditions que celles des syndics à l'union. L'article 757 est explicite à ce sujet.

« Si le curateur vient à cesser ses fonctions avant la complète liquidation de l'actif, ainsi qu'il est prévu au titre IV, il devra remettre sans retard à son successeur l'avoir et les papiers du failli, et lui rendre compte de son administration.

1. « Traité des Faillites et Banqueroutes et des Liquidations Judiciaires », par J. PERCEROU, tome II, pages 648 et 660.

« Si l'inventaire n'est pas achevé, il interviendra pour qu'il soit fait état de ce qu'il consigne l'actif qu'il a reçu.

« La reddition de comptes n'est pas définitive tant qu'elle n'est pas approuvée par les créanciers.

« En cas de décès ou d'interdiction du curateur, ses héritiers ou représentants sont tenus des mêmes obligations.

« La liquidation de l'actif terminée, les créanciers sont convoqués par le Juge-Commissaire pour délibérer sur le compte rendu par le curateur.

« Les assemblées de créanciers ayant pour objet de délibérer sur ce compte rendu seront tenues le failli dûment appelé. »

*
* *

70. — « La conséquence immédiate de la clôture¹, dit Navarrini, est la dissolution — *scioglimento* — de la masse des créanciers et de ses organes ; la juridiction du tribunal de la faillite disparaît, les fonctions de la délégation, du juge-délégué cessent. Le failli retrouve sa condition antérieure à la faillite, et reprend la pleine disponibilité de ses biens à venir, naturellement, excepté ceux qui, par hasard, ont échappé à la liquidation ; il reprend son patrimoine dans l'état où il se trouve après les actes accomplis par le curateur, contre lesquels il ne pourra plus protester à défaut de réclamation formulée avant la clôture. Les rapports judiciaires ou non, créés par le curateur et non éteints, ou les contrats antérieurs à la faillite qui n'ont pas été automatiquement résolus avec l'ouverture de la faillite, conservent leur valeur ; les créanciers de la masse qui, par hasard auraient été oubliés peuvent se retourner contre le débiteur... » La « *chiusura del fallimento* » et la dissolution de l'union ont donc des conséquences identiques. Le même auteur fait observer qu'il ne suffit

1. *Op. cit.*, tome II, n. 404.

pas que le débiteur acquière de nouveaux biens pour que les conditions essentielles à l'ouverture d'une faillite — qualité de commerçant et cessation de paiements — soient réalisées, soit que le débiteur continue son commerce, soit qu'il en entreprenne un autre au bout d'un intervalle plus ou moins long ; une nouvelle masse se forme, constituée par les créanciers anciens et nouveaux. Le parallélisme des deux législations se maintient.

71. — Mais la loi italienne donne au débiteur un droit original :

« Toutefois, dit l'article 815, il y a lieu à *réouverture* de la procédure de faillite s'il arrive que le débiteur en fasse la demande en offrant à ses créanciers le paiement d'un dixième au moins de leur créance en donnant caution pour les frais.

« En ce cas, le tribunal remet en fonctions le Juge-commissaire et le curateur, ou il les désigne à nouveau et il se conforme aux règles tracées par les dispositions précédentes pour la sauvegarde et l'administration du patrimoine existant, ainsi que pour la liquidation active et passive nécessitée par l'incident.

« Il ne sera procédé à aucune répartition qu'après l'expiration, vis-à-vis des nouveaux créanciers, des délais fixés par l'article 691. » Cet article 691 est, on se le rappelle, celui qui détaille le contenu du jugement et fixe les délais pour la clôture du procès-verbal de vérification des créances.

Il s'agit d'une réouverture, donc d'une nouvelle faillite et non point de la réapparition de l'ancienne.

Il est curieux d'observer que le Projet du Code de commerce a proposé certaines variantes au texte de l'article 815 : « Si, depuis la clôture, il survient au débiteur de nouveaux biens, le débiteur peut demander au Tribunal d'être autorisé à proposer un nouveau concordat à ses créanciers, en leur offrant au moins quarante pour cent du reliquat de leurs créances, et en faisant une offre identique aux nouveaux créanciers,

s'il y en a. A cette demande et à la procédure qui la suit, s'appliquent les règles relatives au concordat préventif. Si le concordat est repoussé, les créanciers peuvent demander la réouverture de la faillite... »

72. — De savants critiques se sont élevés contre une pareille disposition, surpris de rencontrer un failli qui ne serait plus commerçant, une faillite qui ne pourrait pas être prononcée d'office par le Tribunal ou à la requête des créanciers. L'opinion dominante voit dans cette institution une faillite toute nouvelle englobant dans son passif non seulement les créances anciennes, mais celles qui sont nées postérieurement. Le débiteur est le seul à pouvoir provoquer cette procédure, les créanciers n'ayant le droit de demander la faillite que si les conditions primordiales bien connues coexistent. Si le débiteur n'est pas commerçant, ils ne peuvent agir sur ses biens qu'individuellement. Le dividende de dix pour cent doit être distribué à tous les créanciers, le dernier alinéa de l'article 815 ne laisse aucun doute à ce sujet. La clôture de la faillite, qui rend au débiteur la totalité de ses droits patrimoniaux — et ceci est important —, ne fait pas disparaître les effets personnels produits par le jugement déclaratif, notamment les incapacités. Toutefois, la radiation de l'inscription du livre des faillis peut être ordonnée lorsque le débiteur peut prouver qu'il a désintéressé intégralement, en principal et frais, ses créances vérifiées, en deniers, en nature, ou sous toute autre forme.

CHAPITRE II

LA CESSATION DE LA FAILLITE

Les incidents de la procédure.

73. — Lorsque la clôture de la faillite est prononcée après la réalisation de la totalité du patrimoine du débiteur, et sa répartition, il y a harmonie entre le principe essentiel de la procédure de faillite et son application. Et cette clôture produit les effets juridiques précis que nous connaissons. Si on distingue « la clôture de la faillite », de la « cessation de la faillite », c'est que l'une et l'autre circonstance entraînent des effets différents. La première rentre dans le cadre du développement normal de la faillite, la seconde caractérise une évolution anormale qui ne répond pas à la conception originale ; nous avons déjà dit que le concordat était un incident qui rompait l'évolution classique de la procédure ; l'insuffisance d'actif — *mananza di attivo* — est un autre incident.

« Lorsqu'il n'est plus possible de continuer utilement les opérations de la faillite par suite d'une insuffisance d'actif, le tribunal peut, même d'office, en ordonner la cessation, après avoir entendu le curateur, la délégation des créanciers et le failli... » L'article 817 institue ainsi dans son premier alinéa la clôture de la faillite par insuffisance d'actif.

« ...Dans le concordat, dit l'article 830, on peut convenir la cessation ou la suspension de la procédure commerciale de la faillite, mais on ne peut empêcher la continuation de la procédure pénale. » Cette rédac-

tion fait bien ressortir le véritable caractère du concordat : ce n'est point un but qu'il faut tâcher d'atteindre obligatoirement, une étape légale à franchir, c'est un événement qui, se greffant sur la procédure habituelle, est susceptible de l'arrêter ou de la suspendre : le débiteur peut demander, obtenir et exécuter son concordat, sans pour cela que la réalisation et la distribution de la totalité de son actif cessent d'être poursuivies. Cet arrêt ou cette suspension est une faculté, non une obligation. Dans cette distinction, on reconnaît encore, vivace, le fond de la pensée du législateur italien qui voit dans la faillite une procédure d'exécution.

Insuffisance d'actif.

74. — « La décision du tribunal (article 817) fait rentrer chaque créancier dans l'exercice de ses actions individuelles sur les biens du failli ; sans préjudice des effets de la déclaration de faillite par rapport à ce dernier. » La masse des créanciers est dissoute, ses organes disparaissent, les créanciers reprennent l'intégralité de leurs droits à l'encontre du failli, celui-ci recouvre sa capacité patrimoniale totale, tandis que notre clôture pour insuffisance d'actif laisse le débiteur dessaisi. Mais cette situation est essentiellement provisoire.

« Le failli ou tout autre intéressé, dit en effet l'article 818, pourra, à toute époque, la faire rapporter (la décision) par le Tribunal, en payant les frais du jugement qui a suspendu les opérations, et en donnant caution pour les dépens ultérieurs. Si la révocation est rapportée, il sera procédé conformément aux dispositions du second alinéa de l'article 815. » Cet article 815 prescrit en cas de réouverture de la faillite la remise en fonctions des organes de la faillite et prescrit l'observation des délais habituels de production en faveur de nouveaux créanciers. Cette réouverture de la faillite intéresse d'abord le failli qui veut échapper à une

mesure incessante de poursuite, et ensuite tous ceux qui voient le nouveau patrimoine du débiteur absorbé par des créanciers plus entreprenants. Le Projet de réforme du Code de commerce ne l'admet d'ailleurs que dans un délai d'un an après le jugement de clôture ; ceci tendrait pratiquement à rendre impossible la réouverture, car le rétablissement d'un patrimoine ne se fait généralement pas dans un délai aussi court.

75. — L'article 818 se réfère à l'article 815 et celui-ci fait état des nouvelles obligations ; il semble donc, à première vue, que les nouveaux créanciers puissent, comme dans la faillite française, produire et participer aux distributions. D'après la doctrine italienne¹ il n'en serait pas ainsi, et ceci est assez curieux : ce renvoi concernerait exclusivement les mesures habituelles d'organisation de la faillite ; les nouveaux créanciers resteraient en dehors du bénéfice des répartitions, ils auraient ainsi tout intérêt à éviter la réouverture, et en tout cas, ils sauraient tout le danger qui s'attacherait à cette situation possible de leur débiteur ; la masse ancienne subsiste seule, tous les paiements faits dans l'intervalle à des créanciers doivent être rapportés. Cet état de choses est dur pour les créanciers nouveaux, et le Projet de Code dans son article 839 le consacre officiellement en stipulant que « la procédure serait reprise au point où elle aura été interrompue, avec les mêmes organes et *sans l'intervention des nouveaux créanciers postérieurs à la clôture* ». Même la question de savoir si une nouvelle faillite peut être prononcée à la requête de nouveaux créanciers est controversée, les adversaires de cette opinion prétendraient que les anciens créanciers s'empresseraient de prendre les initiatives nécessaires. Il nous paraît qu'on soit allé un peu loin dans cette voie : le débiteur peut, en effet, changer de domicile, chercher fortune sous des cieux

1. NAVARRINI, tome II, page 145.

plus éléments, créer ainsi une nouvelle masse active et une nouvelle masse passive, avec des contractants qui ignorent son passé ; il semble injuste que ceux-ci soient évincés. La solution équitable est de faire profiter tout le monde de la nouvelle liquidation.

Inexistence du passif.

76. — La faillite cesse si aucun actif ne se révèle plus parce que son but primordial est de distribuer de l'actif, et ce but ne peut plus exister. Elle cesse également si aucun passif ne se révèle, parce qu'elle est ainsi, de par sa définition, une procédure de distribution ; s'il y a de l'actif et aucune distribution possible, la raison d'être de la faillite disparaît encore : la faillite cesse donc en raison de l'inexistence du passif, lorsqu'aucun créancier ne se présente.

Et s'il n'y a qu'un seul créancier ? Lorsqu'on en est au début de la faillite, la procédure de concours peut se poursuivre, car on ne peut pas préjuger de l'avenir, d'autres créanciers peuvent se révéler ; mais, lorsque la procédure est déjà avancée, qu'aucune surprise n'est plus à prévoir, la raison d'être de la faillite s'évanouit ; ce n'est plus une clôture qu'il faut prononcer, c'est une révocation, une rétractation pour défaut d'intérêt de masse. Le jugement à intervenir doit replacer le débiteur dans la pleine possession de tous ses droits.

Une objection a été faite à cette théorie par la jurisprudence¹ ; si le failli n'exerce pas ses voies de recours contre le jugement, la masse doit être réputée régulièrement formée s'il n'y a qu'un seul créancier ; le failli, en effet, a ainsi reconnu qu'il est en état de cessation de paiements, il subit à bon droit les conséquences préjudiciables qui s'attachent à sa situation, et il ne peut s'agir de révocation. Une pareille opinion est excessive : la logique semble imposer ici, dit

1. NAVARRINI, page 147.

Navarrini, l'anéantissement des effets de la déclaration de faillite.

De pareilles difficultés retiennent rarement l'attention du juge français : la faillite est prononcée, en général, à la requête d'un créancier ; or, il est de jurisprudence constante que la faillite soit déclarée lorsque se révèle une seule créance commerciale liquide et exigible que le débiteur est impuissant à éteindre ; et cette créance peut être importante, et démontrer l'impuissance d'un patrimoine autant qu'un groupe de petites créances de même montant total. Et la procédure doit suivre normalement son cours.

CHAPITRE III

LE CONCORDAT DANS LA FAILLITE ITALIENNE

77. — Le Code de commerce italien considère, nous l'avons déjà vu, le concordat comme un cas de cessation de la faillite, comme un incident de la procédure normale. La demande de concordat est prévue dans l'article 831 du Code et l'article 16 de la loi de 1930 ; il s'agit d'un concordat obtenu grâce à des majorités en nombre et en sommes, du concordat dit « de masse » qui fera l'objet d'un développement particulier : il accorde au débiteur ou une rémission partielle (*concordato remissorio*) ou des délais (*concordato dilatorio*) ou un complexe de ces deux avantages.

Mais on appelle aussi concordat une opération de règlement qui a pour but de prévenir la faillite et non point de la faire cesser comme dans le cas précédent. Pour avoir une vue d'ensemble, il est nécessaire d'établir d'abord une classification des concordats.

*
* *

Une première méthode consisterait à distinguer les concordats qui interviennent avant toute déclaration de faillite d'une part, et d'autre part ceux qui sont obtenus après le jugement, comme le concordat de masse.

D'après un autre système, on les groupe en concordats amiables et en concordats de masse ; ceux-ci sont accordés par une masse de créanciers ; les premiers

résultent de tractations entre le débiteur et chaque créancier pris séparément. On rencontre ainsi :

1° *Le concordat amiable « extra-judiciaire »* (*concordato amichevole stragiudiziale*) qui se forme avant toute faillite et qui ne requiert aucune intervention de juge.

2° *Le concordat amiable judiciaire* (*concordato amichevole giudiziale*) qui se place après la faillite, sous le contrôle nécessaire du tribunal.

3° *Le concordat de masse* déjà cité.

4° *Le concordat préventif*, qui a fait l'objet d'une loi spéciale, la loi du 23 mai 1903, et qui sera étudiée, comme le précédent, dans un chapitre spécial ; il a été conçu pour des fins telles qu'elles justifient pleinement le rôle joué par le juge.

*
**

78. — Tous les concordats présentent des caractères juridiques communs, et des controverses se sont élevées à ce sujet, dans la doctrine et la jurisprudence italiennes ; dans le cadre de nos observations générales sur la faillite en droit italien, nous ne pouvons qu'en donner un aperçu succinct¹, et souligner l'effort de systématisation que ces discussions traduisent.

Le concordat est un contrat qui comporte le consentement réciproque du débiteur et des créanciers. Mais, objecte-t-on, certains concordats s'imposent à des créanciers dissidents, et que devient alors la notion du consentement, élément essentiel de la formation de tout contrat ? L'une des parties, répond-on, est le failli, et l'autre est la masse, entité juridique *sui generis*, qui manifeste sa volonté suivant un mode réglementé par la loi. Le concordat ne s'analyse pas en une novation ; d'ailleurs, la novation ne se présume pas ; et les créanciers conservent l'intégralité de leurs droits à l'en-

1. Pour plus de développements voir NAVARRINI, tome II, pages 150 et suivantes.

contre des cautions, même en cas de résolution du concordat. Dans le pacte concordataire est stipulée en général une remise partielle de la dette. Y a-t-il rémission au sens juridique du mot ? Il ne le semble pas, car la rémission libère les fidéjusseurs. Mais, en la circonstance, un effet de la rémission est acquis : les créanciers s'interdisent d'appréhender les biens futurs du failli, si celui-ci tient ses engagements. Sommes-nous en présence d'un contrat unilatéral ou bilatéral ? Les partisans de la première conception font observer que le débiteur n'assume pas d'obligations nouvelles, il se produit seulement un effritement des anciennes. Mais il s'agit plutôt d'une réorganisation complète de leur exécution, et les éléments nouveaux consistent dans une diminution de leur importance et leur aménagement dans le temps : dans ce sens, le contrat serait bilatéral. Peut-on dire que le concordat consiste en une transaction ? Qui dit transaction dit procès, donc dispute sur l'existence d'un droit. Or, la faillite n'est pas assimilable à un procès, et il n'y a pas incertitude sur l'existence d'un droit, mais seulement une incertitude dans les résultats que donnerait l'application intégrale du droit. Le concordat est un contrat unique ; quand le débiteur se trouve en présence d'une masse, il traite avec la masse ; il aurait le même caractère dans les deux concordats amiables, car l'accord de chacun est subordonné à celui de tous les autres. Mais nous verrons immédiatement que le contenu de chaque contrat peut être différent.

*
* *

79. — *Le concordat amiable extrajudiciaire* a pour but d'empêcher la déclaration de faillite, il se forme en dehors de tout appareil de justice. Il n'est pas réglementé par le Code de Commerce, c'est une création de la pratique qui prétend ainsi éviter les conséquences, réputées préjudiciables à l'ensemble des créanciers, d'une déclaration de faillite. Mais un tel remède con-

duit le plus souvent à une situation confuse, et favorise les créanciers les plus entreprenants au détriment des créanciers éloignés.

Il est nécessaire que le débiteur obtienne l'accord de *tous* ses créanciers ou au moins d'assez de créanciers pour que son état de cessation de paiements disparaisse ; il peut consentir des conditions avantageuses à certains créanciers irréductibles, qui ne seraient pas ensuite recevables dans une instance en faillite, même régler intégralement certains d'entre eux, ou s'engager à le faire : il n'est pas obligé de recueillir une adhésion totale à des conditions identiques pour tous. Le concordat est la résultante de tous ces accords, chaque créancier accepte les pactes arrêtés entre le débiteur et les autres créanciers, à charge de réciprocité ; aucun lien entre les créanciers ; toutefois, la déclaration de faillite résout tous ces contrats partiels, sans préjudice des rescissions possibles pour dol ou fraude. Le contenu du concordat peut consister en une cession de biens libérant complètement le débiteur. Aucune convocation de créanciers, aucune homologation. En cas d'inexécution, la résolution du contrat se poursuit en suivant le droit commun par le créancier intéressé, qui peut alors demander la déclaration de faillite.

Cette forme de contrat se prête à toute manœuvre dolosive de la part du débiteur de mauvaise foi, en l'absence de contrôle collectif, par exemple à des détournements partiels d'actif ; son principal défaut est l'inégalité de traitement possible des créanciers. Dans la pratique française, on voit bien souvent le débiteur faire une proposition amiable à tous ses créanciers, sur des bases communes à tous ; en cas d'échec, le bilan est déposé. Si l'accord est total, il y a contrat de remise partielle de dette et d'atermoiement pour le surplus ; la demande en faillite n'est plus possible de la part des créanciers intervenants. On dit qu'il y a concordat amiable. Mais une telle unanimité est difficile à réaliser, un seul créancier peut faire échouer l'opération.

*
**

80. — *Le concordat amiable judiciaire* est prévu par la loi : « En tout état de la procédure de faillite, dit l'article 830, peut être formé un concordat entre le failli et ses créanciers, *du consentement unanime* de ces derniers... » C'est le seul article dédié à cette question. Ce concordat a pour effet de faire cesser la faillite : l'article 830 parle bien de « suspension », mais ceci concerne une procédure dont il sera parlé plus loin, la surséance, abrogée par la loi du 24 mai 1903.

Tous les créanciers doivent donc accepter, tous ceux qui ont produit ; ceux qui n'ont pas rempli cette formalité restent libres de leurs mouvements, d'où le danger de la solution. Elle peut être proposée en tout état de la procédure ; mais il est évident que le Tribunal exigera, avant de se prononcer, que soit franchie la phase de la vérification des créances ; l'expression « en tout état de la procédure » n'a donc qu'une valeur relative. Avant cette vérification, le Tribunal n'homologuera pas ; et après la clôture du procès-verbal, le débiteur a plus d'avantage à demander le concordat préventif, qui risque d'éliminer les créanciers irréductibles. Dans ces conditions, le concordat amiable extrajudiciaire n'aurait pas de raison d'être.

Le concordat amiable extrajudiciaire peut se passer de l'accord de tous les créanciers, ici indispensable. L'acceptation des créanciers peut être recherchée par des négociations individuelles ; chacun a le droit de connaître le sort de son voisin, qui peut être différent. En général, le pacte concordataire sera le même pour tous les créanciers, donnera naissance à un seul et même acte. Le Tribunal se contente d'enregistrer les stipulations, sans en faire une étude intrinsèque et approfondie comme pour le concordat de masse ; il a un rôle d'enregistrement s'il peut s'assurer de l'unanimité requise par la loi ; après l'homologation, la procédure de faillite cesse : le failli concordataire

recouvre l'intégralité de ses droits patrimoniaux. Mais les poursuites pénales qui auraient été commencées pour banqueroute ne sont pas pour autant arrêtées. Le Tribunal peut toutefois ordonner, dans son jugement, par égard pour le débiteur méritant qui aura observé fidèlement tous ses engagements, la radiation du livre des faillis. En cas d'inexécution, tout créancier peut demander la résolution et cette résolution est opposable à tous.

Cette forme de concordat n'existe pas dans les législations modernes, le projet du code italien l'a éliminée ; elle n'a, d'ailleurs, qu'un intérêt limité. Le concordat préventif présente d'autres éléments de sécurité et d'apaisement.

CHAPITRE IV

LE CONCORDAT DE MASSE

NOTIONS GÉNÉRALES

81. — Le code de commerce italien, mis en vigueur le 1^{er} janvier 1882, organise, au livre III, le concordat dit « de masse » analogue au nôtre, obligatoire pour tous les créanciers, qu'ils aient accepté ou rejeté les propositions concordataires ou qu'ils ne soient point intervenus dans les délibérations. L'homologation du concordat le rend obligatoire pour tous les créanciers, sans aucune exception ni réserve.

« Le concordat ne pourra s'établir, dit l'article 833, que par le concours de la majorité de tous les créanciers dont les créances auront été vérifiées ou admises provisoirement, et représentant en outre les trois quarts de la totalité des dites créances : faute de quoi le concordat sera nul... » Ces conditions de majorité étaient celles de notre code de commerce avant la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire, applicable, d'ailleurs, à la faillite ; dans son article 15, elle substituait à la majorité des trois quarts celle des deux tiers. Le décret du 8 août 1935 est venu modifier profondément ces deux conditions, créant ainsi sur ce point une différence essentielle avec le concordat de masse italien ; les créanciers qui n'ont pas pris part au vote sont inexistantes pour le calcul des majorités ; la majorité en nombre et la majorité des deux tiers en sommes, sont calculées d'après les créanciers présents ou légalement représentés à l'assemblée concordataire.

Ces nouvelles modalités favorisent l'obtention du concordat, grâce à de petits groupes de créanciers favorables au débiteur ; les abus possibles sont tempérés, dans une certaine mesure, par l'obligation de l'homologation.

Notre article 509, modifié par le décret-loi du 8 août 1935, prescrit, dans le cas seulement où une des conditions de majorité est réalisée, que la délibération sera continuée à huitaine. Le code italien, article 835, laisse au Juge-commissaire la faculté de proroger l'assemblée à une date ultérieure, ou de déterminer un délai pour recueillir des adhésions, non seulement dans l'hypothèse prévue par la loi française, mais encore lorsque le débiteur obtient l'assentiment d'un groupe notable de créanciers ; c'est là une disposition originale qui donne au juge-commissaire un pouvoir discrétionnaire d'appréciation ; elle cadre bien avec l'esprit du législateur de 1882 qui voulait donner à ce magistrat une primauté de direction dans le développement des opérations.

Tels sont les traits principaux qui différenciaient les concordats des deux codes, au moment de la promulgation de la loi du 10 juillet 1930 ; celle-ci ne les a pas modifiés ; elle ne s'est pas occupée des autres formes de concordat, mais elle a largement innové sur les points suivants :

- 1° Les propositions concordataires ;
- 2° Le vote du concordat ;
- 3° L'homologation ;
- 4° La résolution et l'annulation ;
- 5° L'octroi des avantages accordés par la loi au débiteur digne d'égards particuliers.

L'examen de ces différents points nous permettra de mettre encore en relief l'évolution de la pensée italienne dans cette loi du 10 juillet 1930, évolution qui prolonge la réforme de 1882.

A. — *Les proposition concordataires :
de qui elles émanent.*

82. — D'après le Code de commerce, et avant la loi, les propositions pouvaient être faites, non seulement par le failli, mais encore par le curateur, par la délégation des créanciers ou par un groupe de créanciers représentant un quart du passif (art. 831). La loi de 1930 laisse cette initiative seulement au failli ; elle lui impose de faire sa demande par écrit au juge-commissaire ; il doit indiquer le pourcentage promis, les délais de paiement et les garanties offertes (art. 16).

Les raisons de cette innovation s'expliqueraient ainsi d'après le rapport ministériel sur la question : c'est au failli qu'il appartient d'exécuter le concordat ; c'est donc lui qui doit en avoir la responsabilité. L'intervention possible, en la circonstance, des autres parties, est plutôt surprenante ; celle du curateur, en particulier, apparaît comme le prolongement de la mission que lui impartit l'article 830, dans son deuxième paragraphe : « le curateur devra employer tous ses efforts à amener la conclusion du concordat. » Or, cette orientation de l'activité du mandataire de la justice apparaît comme dangereuse pour la masse des créanciers : elle peut favoriser des tractations inspirées d'une indulgence excessive pour le débiteur. Cette tendance doit être combattue ; abrogeons le deuxième paragraphe de l'article 830, comme nous supprimons les dispositions de l'article 831, rappelées plus haut.

83. — Cette solution est critiquée par la doctrine¹ ; le concordat est un contrat synallagmatique ; il doit se conclure entre le failli et la masse de ses créanciers ; pourquoi ses clauses ne pourraient-elles pas être suggérées indifféremment par l'un ou l'autre des contrac-

1. NAVARRINI, *op. cit.*, page 168.

tants ? Le failli ne pourrait-il pas accepter un projet rédigé par un groupe de créanciers ? Puis, le syndic, qui a commencé, depuis le début de ses fonctions, la liquidation de l'actif, en aperçoit déjà le résultat possible ; il fait une juste comparaison entre telle proposition de concordat et le résultat escompté ; il est qualifié pour une juste appréciation des éléments de la cause. Pourquoi l'éliminer ? L'intérêt des créanciers est préférable à l'intérêt personnel du failli qui a, naturellement, tendance, dans le pacte concordataire, à spéculer au détriment des créanciers ; ceux-ci ne sont pas à sa merci. Cet argument d'ordre théorique et ces considérations de fait semblent militer dans le sens d'une révision de l'article 16 de la loi de 1930.

Mais, dira-t-on, toute proposition d'un tiers doit être contresignée par le failli ? Celui-ci doit la faire sienne, en la présentant à l'assemblée des créanciers ; d'accord, mais la discussion qui s'élèverait, à la suite de son refus ou de sa résistance, mettrait en évidence ses véritables intentions, et la procédure pénale, qui se développe parallèlement à la procédure de faillite, pourrait s'inspirer des sentiments intimes du débiteur. On ne trouve pas de préoccupation semblable dans notre droit ; ces difficultés sont éliminées par la pratique ; dans les affaires importantes, les conditions du pacte concordataire sont débattues et discutées entre le débiteur, les contrôleurs et le syndic toujours en contact avec le juge-commissaire ; et certaines coalitions de créanciers peuvent se former pour demeurer maîtresses de l'une des deux majorités, en général la majorité en capitaux ; le débiteur sait, à l'avance, s'il ne prend pas de tels engagements, que son concordat est condamné d'avance.

La loi de 1930 a donc indiqué d'une façon précise d'où devait émaner la proposition de concordat ; c'est là un point important ; mais elle a tranché également une question qui donnait lieu à de multiples controverses : à quel moment de la procédure le concordat peut-il être régulièrement demandé ?

B. — *Epoque de la convocation des créanciers.*

84. — Il n'est pas inutile de rappeler ici la différence fondamentale entre la procédure française et la procédure italienne ; la première se fractionne en deux parties principales : les opérations préliminaires de la faillite jusqu'au concordat, et la phase postérieure ; dans le droit italien la réalisation de l'actif commence rapidement.

« Le curateur, dit l'article 793, doit procéder sous la surveillance de la commission et la direction du juge-commissaire à la liquidation de l'actif de la faillite, soit en arrêtant et en recouvrant les dettes actives, soit en procédant à la vente des biens meubles et immeubles, *dans un délai de dix jours à partir du jugement mentionné à l'article 765...* » Et cet article 765 concerne le jugement par lequel le tribunal statue en une seule fois sur toutes les contestations de créances.

Si, pendant ce délai, une proposition de concordat est faite, la vente peut être retardée ; c'est une possibilité, non une obligation. Le principe général est que la réalisation commence et se continue ; on n'attend pas l'état d'union ou le dépassement de l'étape du concordat ; la liquidation des biens est la règle commune. Le Code français se préoccupe de conserver au débiteur les moyens d'action qui semblent indispensables à l'exécution du concordat ; la vente des immeubles ne peut se faire sans l'accord du failli ; celle du fonds de commerce est, en général, réservée lorsque c'est le principal élément du patrimoine. Ces idées ont été développées par ailleurs.

*
* *

85. — « En tout état de la procédure, prescrit l'article 830, peut être formé un concordat entre le failli et ses créanciers, du consentement unanime de ces derniers... »

Ce concordat, d'après la doctrine, est le concordat amiable judiciaire dont il a été parlé plus haut ; il nécessite l'assentiment de tous les créanciers ; une convocation collective ne s'impose pas ; l'accord général peut être réalisé par des négociations individuelles. Nous avons décrit plus haut cette forme particulière de concordat.

Si l'unanimité n'est pas acquise à cette forme de concordat, on tente alors le concordat de masse ; l'article 831 organisait avant la loi de 1930 la convocation des créanciers :

« S'il n'y a pas unanimité des créanciers en faveur du concordat, le failli, le curateur ou la commission des créanciers, ou enfin un groupe représentant au moins un quart du passif, peuvent toujours obtenir du juge-commissaire qu'il convoque les créanciers à l'effet de délibérer sur le concordat. »

C'est le premier alinéa de l'article 831 ; il a été, on le verra, supprimé par la loi de 1930.

« L'ordonnance de convocation devra être notifiée aux créanciers, au curateur et au failli.

« La proposition de concordat ne suspend pas le cours des opérations de la faillite, sauf le cas prévu par le second alinéa de l'article 793 », alinéa rappelé plus haut.

Ce second alinéa prévoit, on le sait, que le juge-commissaire peut ordonner qu'il soit sursis à la vente, si ce retard paraît utile à l'intérêt général.

*
**

86. — Mais ce texte, ne faisant aucune allusion aux créances contestées, laissait en suspens une question importante : la proposition pouvait-elle avoir lieu avant la clôture du procès-verbal de vérification ? Quel serait alors le sort des créanciers contestés ? Ne faut-il pas attendre la fin de la contestation ?

Les réponses étaient contradictoires ou divergentes.

L'article 16 de la loi de 1930 a résolu catégoriquement le problème :

« *Après la clôture du procès-verbal de vérification des créances*, le failli peut, à un moment quelconque, proposer à un créancier un concordat, en présentant une demande écrite au juge-commissaire, avec l'indication du pourcentage, des délais de paiement, et l'exposé des garanties offertes. Le juge-délégué ordonne la convocation des créanciers... »

Nous savons maintenant que les débats en cours sur les créances contestées, comme les productions tardives, n'empêchent pas la réunion des créanciers et le vote du concordat.

Mais cette solution tranche-t-elle les controverses anciennes de façon satisfaisante ? Les avis de la doctrine sont partagés. Sans doute était-il abusif d'admettre, avec les partisans du système précédent, qu'une simple contestation suffît à empêcher l'assemblée concordataire de se tenir, à paralyser ainsi l'évolution de la faillite, contestation souvent arbitraire ou calculée. La loi nouvelle, dans son article 11, donne au Juge-Commissaire le pouvoir d'admettre au passif ou d'exclure les créances contestées : c'est là une garantie sérieuse, qui élimine les moyens obliques tendant à empêcher un créancier de prendre part au vote du concordat. Il eût été logique de prévoir, après la clôture du procès-verbal, un délai que les créanciers contestés auraient mis à profit pour terminer la discussion. Le législateur italien ne l'a pas voulu ; il a toutefois inséré, dans son article 12, la possibilité d'une admission provisionnelle par le Tribunal ; mais cette décision est susceptible d'appel ; le Code de commerce français au contraire stipule — article 583 — qu'un tel jugement n'est susceptible ni d'opposition, ni d'appel, ni de recours en cassation ; cette disposition semble répondre davantage aux vœux des créanciers désireux de prendre part aux délibérations.

*
**

87. — Il est vrai qu'aucune période de temps n'est imposée au débiteur après la clôture du procès-verbal ; la convocation peut ou bien avoir lieu immédiatement, ou ne pas avoir lieu si le débiteur ne fait aucune proposition, ou bien encore seulement à l'expiration d'un long délai, judicieusement employé à l'examen des difficultés en cours. Peu importe, d'ailleurs ; l'actif est en voie de réalisation et de distribution ; le créancier italien n'a pas à attendre longtemps. Toute autre est la situation du créancier français, il a souffert de la lenteur des opérations préliminaires, antérieures au concordat ; il voyait se déprécier ou s'amenuiser l'actif en attendant une réunion concordataire retardée par des procès longs et coûteux. Le décret-loi du 8 août 1935 a voulu remédier à ces inconvénients : il prévoit un délai de trois mois pour le dépôt des créances, donne aux créanciers, prévenus de ce dépôt par des insertions dans les journaux, un délai de huit jours pour formuler leurs contredits ; passé ce délai, le juge-commissaire arrête l'état des créances, les contestations sont renvoyées à l'audience, les admissions provisionnelles sont prononcées ; le Tribunal prononce le sursis ou ordonne de passer outre si la contestation est portée devant le Tribunal Civil, ou si la créance fait l'objet d'une instruction criminelle ou correctionnelle ; et trois jours après la clôture du procès-verbal ou les décisions prises par le Tribunal, le juge-commissaire fait convoquer les créanciers par le greffier à l'effet de délibérer sur la formation du concordat.

Il y a là un effort visible du législateur pour hâter la solution de la faillite ; il a voulu être impératif dans la fixation des étapes ; cette attitude se comprend : l'actif attend, et les créanciers aussi, ils semblent vivre d'espérance ; on aperçoit ainsi que la différence fondamentale, rappelée plus haut, a sa répercussion constante et parallèle dans les deux procédures.

*
* *

88. — Les conditions dans lesquelles se tient l'assemblée des créanciers sont sensiblement les mêmes. Les fonctions du curateur paraissent toutefois plus importantes que celles du syndic français. « Les syndics feront à l'assemblée, dit l'article 506, un rapport sur l'état de la faillite, sur les formalité qui auront été remplies et les opérations qui auront eu lieu... » Le mandataire de justice doit être sèchement objectif ; il ne formule pas, dans son rapport, d'appréciation sur la valeur des propositions concordataires, leur amélioration possible ; ce serait pourtant son rôle normal ; mais, étant donné l'état d'esprit des créanciers, il se verrait sûrement reprocher une collusion avec le débiteur par les créanciers, ou une hostilité injustifiée, par les entrepreneurs de concordats à forfait.

Le curateur a des fonctions plus lourdes : son rapport traite des mêmes questions que celui du syndic, mais il doit de plus traiter « spécialement, précise l'article 832, des moyens employés pour faciliter la conclusion d'un concordat, aussi bien que des obstacles survenus et des moyens paraissant propres à les surmonter ». Le curateur joue son rôle à fond ; il éclaire les créanciers ; sa connaissance approfondie du dossier lui permet de mettre en relief les risques et les possibilités de l'entreprise du failli. Il donne donc son avis motivé, et son témoignage est souvent peu rassurant sur l'avenir de l'activité du débiteur concordataire. Mais il fait bloc avec les organes de la faillite italienne, il épouse la conception du législateur qui voit dans ses fonctions un service public. Si le syndic français se voyait confier la même mission, il aurait à souligner l'inanité de certains concordats, pulvérisant le passif dans le temps pour le rendre radicalement inoffensif, constituant un scandale et un défi à l'opinion publique.

Encore une différence : seuls sont convoqués à l'as-

semblée, en vertu de l'article 504 du Code de Commerce, les créanciers dont les créances ont été admises et les créanciers admis par provision. Mais le greffier italien convoque tout le monde : tous les créanciers présumés, admis ou non, figurant au bilan, sont appelés ; s'ils ne votent pas, ils ont le droit de prendre part aux discussions.

C. — *Les propositions concordataires.*

89. — Le concordat de masse italien s'analyse, comme le nôtre, en une réduction du passif, en un système de délais, une dation en paiement, ou en un mandat conféré aux créanciers de disposer de l'actif pour éteindre le passif, ou enfin en un complexe de ces divers éléments. Les principes directeurs qui l'inspirent sont ceux de notre droit français : aucune obligation personnelle de la part des créanciers, une égalité absolue de traitement, liberté dans le choix des stipulations limitée par l'impossibilité de consentir la remise totale et gratuite du passif, libération complète possible par l'abandon de l'actif ; l'article 597 réprime le trafic des votes par une peine de prison qui ne peut excéder une année et par une amende ne dépassant pas 2.000 francs. De même, l'article 866 du code italien, placé dans le chapitre intitulé « Des infractions pénales commises dans les faillites par des tierces personnes », édicte une peine de prison identique et une amende de 2.000 liras. Nous verrons plus loin l'innovation de la loi de 1930 sur le pourcentage minimum à proposer aux créanciers, innovation qui marque fortement la pensée du législateur, plus encore peut-être que les précautions dont il entoure le vote du pacte concordataire.

D. — *Le vote des propositions concordataires.*

90. — Le paragraphe 2 de l'article 16 exclut en effet, des délibérations : 1° la femme du débiteur ; 2° ses

parents et alliés jusqu'au quatrième degré ; 3° ceux qui ont été cessionnaires ou adjudicataires des créances de ces différentes personnes depuis moins d'une année avant la déclaration de la faillite.

Ce texte révèle le désir d'éviter les manœuvres classiques bien connues ; il fait ressortir le but d'épuration poursuivi ; mais la décision du législateur apparaît sévère ; rien dans le code de 1882 ne la faisait prévoir. Un commerçant, en effet, avant de faire faillite, épuise tous ses moyens de crédit ; il demande des signatures à sa femme ; il emprunte à son entourage, en proclamant l'excellence de son entreprise ; il nous apparaît normal de compter parmi ses créanciers ses parents et alliés, après une vérification minutieuse de leurs pièces justificatives en présence des contrôleurs et du juge-commissaire ; et l'abandon de ces créances au profit de la masse est une condition habituelle du vote des concordats français.

Cette exclusion est une arme à deux tranchants : le commerçant risque de ne pas trouver de concours financiers dans sa famille, qui sait n'avoir plus le droit, éventuellement, d'organiser l'avenir de son débiteur : restriction de crédits, nuisible au développement du commerce et de l'industrie ; une trésorerie abondante est un facteur de prospérité, dispensant de recourir à un escompte rongeur d'actif. Par contre, si l'affaire est vouée à l'écroulement, des prêts inconsidérés ou téméraires ne feraient que prolonger une existence nuisible à l'intérêt général ; une chute rapide assainit la profession qui est vivifiée par un rang nouveau.

Une juste mesure eût consisté à édicter une vérification plus stricte pour les créances des parents et alliés, dans un cadre plus solennel, avec des sanctions pénales plus rigoureuses.

D'autre part, le cessionnaire d'une créance peut parfaitement se camoufler sous les traits d'un mandataire.

La règle de l'article 16 concernant l'exclusion du vote

de certains créanciers étend au concordat de la faillite une disposition conçue d'abord pour le concordat préventif ; le champ d'application en est ici plus vaste : que se passe-t-il lorsqu'une créance appartient à plusieurs personnes solidaires les unes des autres, et dont plusieurs sont frappées par l'exclusive de l'article 16. Chaque votant vote pour sa quote-part, et la solidarité réapparaît au moment de la distribution du dividende. Il est facile de vérifier si la date de l'adjudication d'une créance se situe dans l'année qui précède la faillite ; mais la date certaine de la cession est plus délicate à déterminer ; le fardeau de la preuve appartient à celui qui cherche l'exclusion. Le parent du failli concordataire, muni d'un titre au porteur, ne peut pas prendre part au vote ; le porteur étranger au contraire est admis aux délibérations. Les cas particuliers sont nombreux ¹.

91. — La loi italienne nouvelle reste muette sur le vote par correspondance que l'article 835 ², non abrogé, semble accepter : c'est là une question toujours controversée. Elle est résolue en France par la négative : seuls sont admis au vote les créanciers présents, ou régulièrement représentés ; cette représentation se matérialise par une dépense certaine de quarante et un francs à l'heure actuelle : trente-cinq francs d'enregistrement de pouvoir et six francs de papier timbré ; le créancier lointain n'est souvent pas sûr de récupérer ces frais, il n'est pas enclin à s'engager davantage, même dans une

1. Pour de plus amples développements sur les cas d'espèce, voir NAVARRINI, tome II, page 179.

2. Art. 835. — Le concordat sera signé, séance tenante.

S'il est consenti seulement par la majorité en nombre des créanciers présents, ou par la majorité des trois quarts en somme ; s'il ne réunit même ni l'une ni l'autre majorité, mais qu'il obtienne l'assentiment d'un groupe notable de créanciers, le juge-commissaire, à moins de retrait du consentement des créanciers qui sont d'avis du concordat, aura la faculté de proroger l'assemblée à un autre jour ou de déterminer un délai pour recueillir des adhésions.

mesure modique, dans une affaire qui s'est révélée désastreuse, et il s'abstient, appréhendant d'ailleurs la fragilité des engagements concordataires ; il est réputé inexistant pour le calcul des deux majorités. Situation fâcheuse, faussant le sens du vote concordataire. Les praticiens pensaient trouver dans le décret-loi du 8 août 1935 une solution pratique, mais vainement ; l'adhésion verbale donnée au cours de la réunion peut seulement être remplacée par un bulletin signé remis au greffier ; c'est là une question de règlement intérieur que le législateur aurait pu laisser à la discrétion de chaque Tribunal de Commerce ; de minimis... à la montagne en travail...

Les auteurs italiens font une analyse serrée, suivant leur habitude, du vote par correspondance ; ceux qui mettent l'accent sur l'élément contractuel du pacte concordataire sont portés à admettre cette forme d'adhésion ; par contre, ceux qui donnent au rassemblement solennel des créanciers une importance capitale, presque d'ordre public, exigent la présence personnelle ou par mandataire. Mais la doctrine et la jurisprudence, dit Navarrini, préoccupées de l'intérêt des créanciers, ont pris parti pour la validité du vote par lettre. Les principes généraux ne s'y opposent pas ; la participation à la délibération est un droit pour chaque créancier. Les dispositions positives de la loi sont nettement favorables, sans être expresse.

92. — L'article 835 prévoit, en effet, à l'issue de la séance, plusieurs situations favorables, en dehors du vote du concordat :

1° La majorité en nombre, seule, est acquise ;

2° La majorité des trois quarts en sommes, seule, est acquise ;

3° Le concordat proposé ne réunit ni l'une ni l'autre des majorités, mais il obtient, et ceci est original, l'assentiment d'un groupe notable de créanciers.

Dans ces trois cas, le Juge-Commissaire peut tenter un nouvel effort en faveur du débiteur, avec l'accord

toutefois des créanciers consentants ; il a le choix entre deux mesures :

La première consiste à *proroger l'assemblée à un autre jour*, les adhésions déjà données restant valables. Mais alors, dit-on, la présence à la délibération n'est plus indispensable ; la loi ne fait pas de cette présence, pour admettre un vote, une règle inéluctable ; l'adhésion écrite est donc autorisée. Disposition législative exceptionnelle et inextensible, déclare Bonelli. Invite du législateur, riposte Navarrini¹ qui l'interprète en effet comme une directive générale ; et ajoute-t-il, les Français n'ont plus aucune raison de rejeter le vote par correspondance, puisque l'adhésion écrite est formellement acceptée dans des circonstances identiques.

Les commentateurs italiens ont une raison de plus de croire à la régularité du vote par correspondance dans leur loi nationale, la deuxième mesure laissée à la discrétion du magistrat est, en effet, toujours aux termes de l'article 835, *de déterminer un délai pour recueillir des adhésions* : ceci exclut une réunion complémentaire et implique la possibilité des acceptations écrites à distance. En droit italien, la cause paraît donc entendue.

La loi de 1930 n'a pas modifié cet article 835 ; elle lui apporte toutefois, dans le paragraphe 5 de l'article 16 une confirmation et une disposition complémentaire : « Si le concordat est refusé ou non homologué, une nouvelle proposition de concordat ne peut être faite que si le juge-commissaire l'a jugée digne de considération. » Il résulterait donc de ce texte que, même après la non-homologation par le Tribunal d'un concordat voté par les créanciers, le juge-commissaire pourrait provoquer une nouvelle procédure concordataire ; cette emprise du juge de carrière sur le développement de la faillite inspire d'un bout à l'autre la loi de 1930 ; c'est de la centralisation étatiste ; la même tendance se retrouvera immédiatement à propos de l'homologation.

1. *Op. cit.*, page 182.

E. — *L'homologation.*

93. — Dans le Code de Commerce de 1882, l'article 836 prévoyait que le concordat serait homologué à la requête de la partie la plus diligente ; l'initiative appartenait donc aux parties. La loi de 1930 déplace les rôles, met une fois de plus en scène le juge-commissaire qui détient toujours la maîtrise des opérations. « Après le vote du concordat, dit l'article 17, *le juge-commissaire* fixe l'audience d'homologation devant le Tribunal, dans un délai compris entre dix jours et vingt jours. » Ce même article 836 précise que tous les créanciers dissidents ou non intervenus auront le droit de former opposition au concordat dans les huit jours à dater de la clôture du procès-verbal ou à dater de l'expiration du délai accordé par le Juge-Commissaire ; que le tribunal statue sur les oppositions et sur l'homologation par un seul et même jugement. La loi de 1930 ordonne que les oppositions soient portées à l'audience même fixée par le Juge-Commissaire, et elle paraît étendre la possibilité de faire opposition à d'autres personnes encore : « A cette audience, dit l'article 17, doivent être portées les oppositions prévues dans l'article 836, paragraphe 2, du Code de Commerce, et *celles de tous les intéressés* qui n'auraient pas adhéré au concordat. »

Par conséquent, les exclus du vote peuvent intervenir utilement.

Ce qui est aussi original, et ce qu'il convient de signaler immédiatement, c'est l'intervention possible, dans la procédure d'homologation, du ministère public. Cette innovation de la loi de 1930, article 16, paragraphe 4, car le Code de Commerce de 1882 n'en parlait pas, est bien dans la pensée du législateur italien ; elle s'harmonise avec tout ce que nous avons signalé jusqu'ici.

« Dans le jugement d'homologation intervient toujours le ministère public, qui a la faculté de faire

opposition et de faire appel du jugement qui homologue le concordat, dans la partie qui accorde les avantages énumérés dans l'article 839 du Code de Commerce. »

94. — Quels sont ces avantages ?

« Lorsque, de l'examen des circonstances de la faillite et des conditions du concordat, il paraîtra résulter que le failli est digne d'égards particuliers, le jugement d'homologation pourra ordonner qu'après avoir satisfait complètement aux engagements qu'il a contractés dans le concordat, le débiteur verra son nom rayé de la liste des faillis. Le jugement pourra déclarer en outre que, moyennant l'accomplissement des obligations ci-dessus, le jugement déclaratif de faillite sera rapporté et que ses effets seront annulés même en ce qui concerne la procédure pénale. L'accomplissement des engagements sus-mentionnés devra être constaté par un jugement émané du même Tribunal. »

C'est la réhabilitation sans le mot; et le code de commerce italien ne traite pas comme le nôtre de la réhabilitation. Dans l'article 816, il évoque seulement la radiation du livre des faillis, dans certaines conditions, si le passif est éteint.

En tout cas, le ministère public peut exercer les voies de recours ordinaires contre la partie du jugement d'homologation qui concerne ces avantages substantiels. N'oublions pas que nous sommes devant le Tribunal civil, que les Tribunaux de Commerce n'existent pas. L'emprise de l'Etat central sur les destinées du débiteur est indiscutable. Elle procède d'une conception générale, systématique, de l'importance économique de la faillite.

*
* *

95. — Avant la loi de 1930, on admettait que le devoir du juge était non seulement de vérifier l'exact accomplissement des formalités prescrites par la loi, mais encore de veiller à l'intérêt général des créanciers, le concordat étant obligatoire — article 84 — « pour tous

les créanciers portés ou non au bilan, vérifiés ou non vérifiés, de même pour les créanciers domiciliés hors du royaume, ainsi pour ceux qui auraient été admis par provision à délibérer, quelle que soit la somme liquidée ultérieurement en leur faveur ». Cette double mission était toutefois controversée ; la difficulté est actuellement résolue par l'article 17, paragraphe 3 : « Le Tribunal statue » — sur les oppositions et l'homologation — « en un seul jugement, examinant aussi la valeur des propositions, appréciant le sérieux des garanties réelles ou personnelles qui ont été promises. » Ce n'est pas là une clause de style, et il est certain que cette prescription, mesure bienfaisante, doit être consciencieusement observée ; l'intérêt général — dans son acception la plus large — est en effet en jeu.

Nos tribunaux de commerce paraissent, en général, animés d'un autre esprit ; leur attention n'est pas attirée par cette deuxième partie de leur tâche, que semble leur imposer la protection de tous ceux qui n'ont pas voté le concordat : les créanciers ont accepté, ils ont librement voté, ils subiront les conséquences de leur légèreté si plus tard les promesses du débiteur s'avèrent fragiles ; nous vivons sous un régime de majorité, acceptons-en les conséquences ; les créanciers veulent ce concordat, contrarier leur volonté serait faire œuvre d'autocrates, le rôle du Tribunal est en somme d'entériner un état de choses, de le rendre officiel ; si aucune manœuvre dolosive ne s'est glissée dans la procédure, notre homologation sera exempte de vice, juridiquement saine, malgré le résultat piteux possible de l'activité du failli.

*
**

96. — Cette attitude n'est pas indiscutable : dans trop de grosses affaires, le concordat consiste essentiellement en une monnaie de promesses, pulvérisant le passif et le diciplinant dans le temps, dans un temps suffisamment long pour inviter à l'oubli ou à une cession de créance dans des conditions dérisoires, et au bout

de peu de temps, le passif est pratiquement éteint. Il est de notoriété publique que les conditions de pareils concordats ne sont jamais observées ; ils servent de matière première à des entreprises largement rémunérées et dont la prospérité s'impose à la considération publique. Le prestige du Tribunal est compromis ; le créancier n'est pas assez protégé contre lui-même, il a besoin d'être gouverné ; dans les bilans des firmes créancières, les dettes du débiteur concordataire figurent, avec des chiffres imposants, au poste « Réalisation à terme » ; ces écritures faussent les bilans, et entraînent des conséquences de toute nature. Le débiteur part sans crédits, vit au jour le jour, réalise à vil prix son stock de marchandises quand celui-ci n'est pas englouti par les créances privilégiées ; ses bénéfices ne sont pas suffisants pour payer ses nouveaux frais généraux, ses créanciers nouveaux et ses créanciers anciens ; il est obligé de sacrifier les uns ou les autres. Et le cycle recommence.

97. — Depuis dix ans, il y a restriction de crédits, restriction de commandes et restriction de bénéfices. On n'a recours, en France, au Code de Commerce qu'après un épuisement complet, alors que les procédures d'attribution devraient être employées à l'origine du mal, et non point à toute extrémité. Lorsqu'un débiteur demande le bénéfice de la liquidation judiciaire, ou du règlement amiable homologué, il y a de longs mois — sinon plusieurs années — qu'il devrait être en faillite, et l'homologation de certains concordats est une plaisanterie, presque une mystification. La meilleure solution, la plus saine certainement, c'est l'union. Voilà pourquoi, dans le domaine de l'étude intrinsèque du concordat, le Tribunal de Commerce doit avoir un rôle actif, et une mission de surveillance rigoureuse dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, de l'assainissement de la profession et de la moralité commerciale.

Le législateur italien — en présence d'une économie identique à la nôtre, nous le verrons bientôt — l'a bien

compris, et a explicité sa pensée, sans équivoque possible, dans l'article 17. Toujours dans un but d'épuration, il est allé plus loin.

*
**

98. — Nous avons vu plus haut les mesures bienfaisantes de l'article 839 dont peut bénéficier, de la part du Tribunal, le débiteur malheureux et de bonne foi ; les magistrats jouissaient, sous le régime du code de 1882, et jouissent encore, d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. La nouvelle loi, toutefois, a subordonné à des conditions rigoureuses l'octroi de ces avantages ; il s'agit de donner au failli une nouvelle virginité ; il est normal qu'on ne lui fasse pas la partie belle au détriment de la masse.

« En aucun cas », en effet, dit l'article 16, paragraphe 3, « ne pourront être accordés les bénéfices prévus par la loi dans l'article 839 du Code de Commerce, si, dans le concordat, on n'a pas stipulé le paiement d'un pourcentage du passif supérieur à celui que donnerait probablement la liquidation de la faillite, pourcentage dans tous les cas non inférieur, pour les créanciers privilégiés, pour ceux qui ne sont pas garantis par une hypothèque ou un gage, à vingt-cinq pour cent du capital, payable dans les six mois du jugement d'homologation du concordat, à moins que, dans le concordat, on ne garantisse le paiement des intérêts légaux au delà de cette période. »

L'article 839 subsiste dans son intégralité ; le juge subordonne son application aux qualités morales du débiteur, c'est la condition *sine qua non* du déclenchement du mécanisme ; le failli reste entre les mains des magistrats qui arbitrent souverainement la situation, sans recours possible.

*
**

99. — Nous évoquons plus haut la similitude étroite de la conjoncture économique des deux pays. Les débats

qui ont précédé la mise au point de la disposition complexe de l'article 16 mettent en relief le parallélisme des vicissitudes commerciales¹ et, par voie de conséquence, la nécessité de remèdes analogues. Les deux points suivants ont été successivement l'objet de vives discussions : faut-il imposer un pourcentage minimum ? et ensuite quelle sera la mesure raisonnable ?

Les uns s'en rapportaient à la sagesse des magistrats pour déterminer, dans chaque cas, si, oui ou non, il y avait lieu de fixer un pourcentage minimum ; certains faillis, disaient-ils, victimes de la fatalité, méritent des égards spéciaux. Solution médiocre, source de graves embarras et de longues hésitations pour les édiles.

D'autres suggéraient une limitation de la liberté du Tribunal ; le bénéfice de la loi ne pourrait être accordé que si le pourcentage dépassait d'au moins dix pour cent le dividende probable donné par la liquidation totale de l'actif. Spéculation difficile et hasardeuse ; qui peut prévoir le résultat même approximatif de la réalisation d'un actif ?

100. — La fixation d'un minimum prévalut : mesure de sécurité pour parer aux faillites calculées ; tranquillité pour le magistrat qui aurait pu être tiraillé en des sens divers et incertain sur la décision à prendre. « Il pourra se trouver, dit Navarrini, dans quelques cas rares, les mains liées en présence d'un failli concordataire digne d'égards spéciaux et incapable de fournir le pourcentage minimum, mais ce ne sera pas un grand mal ; si le concordataire a été malchanceux au point de réduire son patrimoine en miettes, ce ne sera pas une grande perte pour lui, et surtout pour ses futurs créanciers, si on ne l'encourage pas... à recommencer. » Sous cette forme humoristique, on reconnaît la tendance du législateur italien à défendre délibérément les masses des créanciers présents et futurs, même si quelques individualités, dignes de considération peut-être, mais

1. NAVARRINI, *op. cit.*, page 198.

inaptes à la course, doivent en souffrir. *Salus populi...* L'histoire de la loi pénale, dit-on, est celle d'une continuelle abolition ; celle de la déconfiture française est celle d'une sensiblerie toujours plus vive à l'égard du débiteur, et de l'écrasement des créanciers chirographaires par la multiplication des créanciers privilégiés ; après tout, ils ont couru volontairement un risque économique ; il faut donner au débiteur le moyen de se réhabiliter. L'intérêt général n'est pas lié à un redressement hypothétique ; on le défend efficacement en supprimant une entreprise qui déséquilibre le marché, compromet la profession, en intégrant dans cette profession un élément nouveau, source de prospérité pour la corporation et pour l'Etat.

101. — Le chiffre minimum fut fixé à 25 pour cent ; chiffre trop bas d'après la Commission parlementaire qui voulait l'élever à 40 pour cent comme pour le concordat préventif. L'octroi des bénéfices de l'article 839 efface le passé commercial, supprime la principale sanction ; le chiffre de 25 pour cent serait une prime d'encouragement à la faillite ; il risque d'être à la fois un minimum légal et un maximum pratique.

Le Ministre était opposé au pourcentage de 40 pour cent. « La concession des bénéfices de la loi est le ressort le plus important qui existe pour pousser non seulement le failli, mais toute sa famille, à faire les sacrifices nécessaires pour éviter la procédure pénale.

« L'obligation d'un pourcentage assez élevé, comme celui de 40 pour cent, finira souvent par rendre impossible le concordat, et par suite par nuire aux créanciers eux-mêmes, parce que dans beaucoup de cas on peut arriver, avec un effort collectif, à 25 pour cent, mais non à quarante pour cent.

« Dans certaines faillites, 15 pour cent de plus ou de moins représentent des millions et ce sont des millions que perdent les créanciers. Pour apprécier un concordat, il faut le comparer, non point au paiement à cent pour cent, mais au résultat de la liquidation de la faillite...

« Il faut ensuite penser que le pourcentage de 40 pour cent est celui demandé par la loi pour la concession du concordat préventif. Or, il est clair qu'il doit y avoir une différence entre le concordat de faillite et le concordat préventif, sinon l'institution des bénéfices de la loi finirait, en pratique, par ne trouver aucune application. »

Finalement, les dispositions de l'article 16 de la loi de 1930 constituent une solution intermédiaire entre les propositions de la Commission et les chiffres du Ministre ; il est dit, en effet, que le pourcentage doit être supérieur à celui que donnerait la liquidation de l'actif de la faillite ; les opérations sont suffisamment avancées pour permettre une évaluation suffisamment approximative.

Nous estimons que le taux minimum doit varier suivant la conjoncture économique, s'élever en période de prospérité, s'abaisser en temps de crise. Celui de 25 pour cent est actuellement supérieur en général au dividende que donnerait une faillite clôturée par l'union, étant donné le nombre de créanciers privilégiés. Un dividende de dix pour cent suppose que le syndic a réalisé un patrimoine relativement important.



102. — Pour compléter la physionomie du jugement d'homologation, notons, par exemple, qu'il n'a d'effet, d'après l'article 838, que du jour de l'inscription des hypothèques consenties pour la garantie des intéressés ; que le Ministère public a le droit de faire appel du jugement accordant le bénéfice de la loi ; qu'un grave problème s'est posé sur la possibilité pour le concordataire de faire appel du jugement qui lui refuse ce bénéfice ; ce problème a été d'abord résolu par la négative en doctrine et en jurisprudence ; en ce moment l'opinion affirmative prévaut ¹.

L'article 19 se préoccupe des frais du jugement

1. Voir NAVARRINI, *op. cit.*, page 200.

d'homologation. Si les disponibilités de la faillite ne permettent pas d'y pourvoir, le juge ordonne leur inscription en débet ; leur remboursement au trésor public constitue une partie intégrante des obligations du concordat.

On est surpris d'abord de voir la loi entrer dans ces détails ; et ensuite il apparaît plutôt dans la norme du législateur italien de refuser l'homologation à un failli qui n'est même pas en mesure d'en payer les frais ; mesure radicale que suggère souvent au Tribunal le Juge-Commissaire français qui augure mal d'une activité commerciale nouvelle qui débute avec une telle trésorerie. Nous n'insistons pas sur les autres éléments concernant le jugement d'homologation ; ils ne contiennent rien de particulièrement original.

Précisons enfin que le pourcentage minimum est envisagé lorsqu'il s'agit d'octroyer au débiteur les avantages de l'article 839. Il peut donc y avoir des concordats sans pourcentage minimum.

F. — *Les effets de l'homologation.*

103. — L'article 840 précise en ce qui concerne les créanciers, sans équivoque possible : « L'homologation rendra le concordat obligatoire pour tous les créanciers portés ou non au bilan, vérifiés ou non vérifiés, et même pour les créanciers domiciliés hors du Royaume, ainsi que pour ceux qui auraient été admis par provision à délibérer, quelle que soit la somme liquidée ultérieurement en leur faveur. » L'ancien article 516 de notre Code de Commerce était rédigé dans des termes identiques ; sa nouvelle rédaction, à la suite du décret-loi du 8 août 1935, exprime les mêmes idées sous une forme lapidaire.

Cette similitude de textes, soulignée à titre d'exemple, se rencontre à chaque pas dans le Code de Commerce italien.

Navarrini étudie longuement¹ les raisons juridiques

1. *Ibidem*, page 202.

pour lesquelles la majorité des créanciers impose sa volonté à la minorité, à ceux qui n'ont pas produit, qui se sont abstenus, aux dissidents. Il groupe les opinions en présence : il y a les théories « contractuelles » qui voient dans le pacte concordataire un véritable contrat où s'expriment des volontés libres, représentées, présumées, ou contraintes. C'est un contrat de nature « contentieuse » dit-on, contenant en plus des éléments classiques de proposition et d'acceptation, un troisième élément : l'homologation. Les théories « légales » mettent l'accent sur le compte des forces constituées par le consentement de la majorité et l'obligation légale. La masse des créanciers, observent les autres, est une communauté disposant de son patrimoine par une délibération prise à la majorité des voix. Navarrini paraît analyser l'homologation en une synthèse de deux éléments : le pacte concordataire élaboré dans les conditions prévues par la loi, et la force exécutoire née de l'intervention du juge.

104. — Le problème est d'ordre spéculatif ; il est difficile de tout systématiser ; l'état de faillite est un désordre juridique et économique. Tout juriste a tendance à ramener une institution à des catégories préexistantes. A une situation exceptionnelle correspondent des mesures spéciales. Une situation sans issue consisterait à attendre l'acceptation du pacte concordataire par tous les créanciers ; alors la loi intervient fixant empiriquement les majorités nécessaires. Le Juge intervient dans un but d'ordre public, exerçant une emprise plus ou moins grande suivant les époques et, à une même époque, suivant les situations économiques, prospérité ou crise. Les dispositions exorbitantes du droit commun adoptées en pareille circonstance s'inspirent sans doute des solutions qui procèdent plus directement des principes généraux du droit ; elles ne peuvent pas en être la conclusion logique, elles procèdent plutôt de la réglementation que de la technique juridique : la vie économique est un drame aux cent actes divers, l'appareil juridique

s'y adapte comme il peut, suivant une construction que le législateur essaie de rendre rationnelle et harmonieuse¹.

*
* *

Les effets patrimoniaux du jugement d'homologation passés en force de chose jugée sont indiqués dans l'article 841 ; ils sont identiques à ceux de la loi française et la loi du 10 juillet 1930 n'a rien innové.

G. — *L'annulation et la résolution du concordat.*

105. — Notre Code de Commerce, dans son article 520, prévoit l'annulation du concordat soit pour dol, soit par suite de condamnation pour banqueroute frauduleuse intervenue après l'homologation. Son application pratique est rare. Le texte italien correspondant, l'article 842, n'envisage que deux cas possibles d'annulation du concordat : l'exagération frauduleuse du passif et la dissimulation d'une partie notable de l'actif. Ce sont là, on le sait, des motifs de conversion obligatoire de la liquidation judiciaire en faillite, aux termes de l'article 19 de la loi du 4 mars 1889.

Ces deux circonstances, en effet, vicient les bases mêmes du pacte concordataire, le consentement des créanciers et la garantie des cautions étant déterminés par les chiffres représentant le passif et l'actif ; elles doivent être provoquées, conformément aux principes généraux régissant les contrats, par les agissements du failli lui-même ou sa coopération coupable. La prescription de cette action en annulation est précisée par l'article 922 : « Sont prescrites par deux ans, à dater du jour de la conclusion de l'affaire, les actions des courtiers pour le paiement de leur courtage.

« *Se prescrivont par le même délai les actions en annulation ou en résolution du concordat dans la*

1. Voir Georges RENARD, « Le Droit, la Justice et la Volonté », au chapitre « Le droit et sa technique », page 121.

faillite. Le délai court, s'il s'agit de l'annulation, à dater du jour où la fraude a été découverte, et s'il s'agit de la résolution, à dater de l'échéance du dernier paiement que devait opérer le failli en vertu de son concordat. »

La nouvelle loi italienne sur la faillite n'a apporté en matière d'annulation du concordat aucune innovation importante. « Le concordat, même homologué, pouvait être, aux termes de l'article 842, annulé par le Tribunal à la requête du curateur ou d'un créancier, le curateur entendu contradictoirement avec le failli, toutes les fois qu'après l'homologation on viendrait à découvrir que le passif a été exagéré ou qu'il y a eu dissimulation d'une partie notable de l'actif.

« L'annulation libère de plein droit les cautions qui sont intervenues pour garantir l'exécution du concordat.

« Aucune autre action en nullité du concordat ne sera admise après l'homologation. »

La faillite, sous le régime du code de 1882, n'était pas réouverte de plein droit après le jugement prononçant l'annulation du concordat ; le tribunal devait statuer à nouveau, remettre en fonctions le juge-commissaire et le curateur (articles 844 et 815).

Avec la loi de 1930 — art. 18, paragraphe 2. — la faillite est prononcée en même temps que la déclaration de nullité du concordat, dans un seul et même jugement. Le législateur a voulu simplifier et supprimer une étape.

*
**

106. — Cet article 18¹ a donné lieu à de vives con-

1. Art. 18. — Si les garanties promises ne sont pas constituées conformément au concordat et au jugement d'homologation, ou si le failli ne satisfait pas régulièrement aux obligations du concordat, le tribunal sur la demande d'un seul ou de plusieurs créanciers, ou de l'ancien curateur, ou même d'office, ordonne la comparution du failli et des cautions, s'il y en a, et, par un

troverses ; il traite en effet dans son premier paragraphe de la résolution du concordat, le deuxième contenant une disposition commune — nouvelle d'ailleurs — au jugement de nullité ou de résolution de concordat.

« Si les garanties promises ne sont pas constituées conformément au concordat, ou au jugement d'homologation, ou si le failli ne remplit pas régulièrement les obligations de son concordat, le tribunal, sur la demande d'un ou de plusieurs créanciers ou de l'ancien curateur, ou même d'office, ordonne la comparution du failli et des cautions, s'il y en a, et par un jugement rendu en chambre du conseil et non susceptible de recours, prononce la résolution du concordat. »

Ces prescriptions constituent une modification profonde de l'article 843 du Code de Commerce qui prévoyait, en effet :

a) *Une résolution individuelle* : cette action, conséquence logique, disent les uns, d'un contrat synallagmatique non observé par l'une des parties, pouvait être intentée par un ou plusieurs créanciers, mais seulement dans leur propre intérêt ; elle ne visait point la réouverture de la faillite, mais la libération des demandeurs des obligations imposées par le concordat ; c'était un procès entre le ou les créanciers d'une part et le débiteur concordataire ; si les premiers l'emportaient, ils pouvaient appréhender désormais sans amputation ou échelonnement de leur créance, sur tous les biens du débiteur, en conservant d'ailleurs les garanties acquises avec le concordat. Une seule réserve : pour ne pas porter préjudice aux autres créanciers, ils ne pouvaient agir pour le reste de leur part — article 843 — qu'après

jugement pris en chambre du conseil et non susceptible de recours, prononce la résolution du concordat.

Avec le jugement qui annule le concordat, aux termes de l'art. 842 du Code de Commerce, ou qui le résout aux termes des dispositions qui précèdent, le tribunal procède suivant les règles établies dans le premier alinéa de l'art. 815 de ce code.

les dernières échéances concordataires¹. Cette résolution partielle n'existe pas en droit français : le créancier peut demander au tribunal l'exécution des engagements concordataires sans rechercher la résolution du concordat et la faillite du débiteur ; ce résultat exclut les avantages de la résolution individuelle italienne ; mais ceux-ci paraissent de pure forme.

b) *Une résolution collective* : prescriptible comme la précédente, on le sait, par un même délai de deux ans, elle tend à rompre le pacte concordataire par rapport à la masse des créanciers tout entière. Conséquence grave : aussi l'article 843 imposait-il à une pareille demande un certain nombre de garanties : elle ne pouvait être introduite que par « la majorité des créanciers intervenus aux délibérations et qui n'auraient pas encore touché les sommes promises » ; et le calcul de cette majorité devait se faire comme pour le vote du concordat. Différend entre les créanciers demandeurs et le failli : les premiers pouvaient se faire représenter par le curateur, mais celui-ci devait normalement être partie à l'instance pour reprendre, le cas échéant, ses fonctions. Après le jugement de résolution, un deuxième jugement, on le sait, était nécessaire pour la déclaration de faillite. Pareille procédure est inconnue de notre Code de Commerce : tout créancier peut demander la résolution totale du concordat (article 520).

107. — La nouvelle loi a adopté un système plus simple, plus rigoureux pour le débiteur, mais inspiré d'une sollicitude plus grande pour le créancier. Le grand mal des concordats en effet est leur inexécution habituelle. Le débiteur était pratiquement assuré de l'impunité : le curateur avait disparu, la mise en œuvre d'une procédure collective était compliquée, coûteuse ; les actions individuelles avaient peu d'effet pratique, nécessitaient une avance de frais qui augmentait encore

1. NAVARRINI, *ibidem*, page 211.

le découvert, tout conspirait vers une abstention et une résignation complètes des créanciers.

Le projet en cours du Code de Commerce prévoit que le curateur et le juge-commissaire restent en fonctions jusqu'à l'exécution complète du concordat ; leur présence en effet constituerait une garantie ; mais la loi n'a pas voulu, dit Navarrini, adopter cette mesure salutaire. Le rapport du Ministre en donne la raison ; en jugulant l'activité du débiteur, on risque de lui rendre moins facile l'exécution de ses obligations. Cette thèse appelle des réserves : il ne s'agit pas en effet de paralyser son initiative, mais de l'empêcher d'accomplir certains actes préjudiciables à ses créanciers ; la loi sur le concordat préventif comporte des précautions de cette nature. Le législateur, en cette période de crise économique, en France notamment, se préoccupe d'organiser une telle surveillance : le décret-loi du 8 août 1935 a ajouté à l'article 515 un alinéa substantiel concernant la nomination et l'activité des commissaires au concordat. Il est étonnant que le législateur italien ne se soit pas engagé dans cette voie, où il y a place pour de belles initiatives. Quels sont, en effet, les pouvoirs du Commissaire au concordat si le dessaisissement a cessé ? Et dans quelle mesure est-il responsable ? Le statut juridique du commissaire au concordat reste à l'ordre du jour.

108. — La loi de 1930 a adopté la solution française : un seul créancier peut faire tomber un concordat voté par d'importantes majorités ; certes, la règle peut se prêter au caprice et à la mauvaise foi d'un créancier, de connivence peut-être avec le débiteur, mais elle a, dans la généralité de son application, un effet bien-faisant. Le projet ministériel prévoyait deux remèdes pour parer à l'inexécution du concordat : l'un préventif, concernant, nous l'avons vu plus haut, la surveillance étroite des formalités de l'homologation et l'examen critique des propositions du débiteur ; l'autre consistant dans les sanctions contenues dans le pre-

mier paragraphe de l'article 18. La résolution du concordat, comme celle de notre Code de Commerce, ne libère pas les cautions, et ne supprime aucune des garanties antérieurement acquises. L'article 843 en effet, dans sa première partie, est abrogé implicitement par l'article 18 ; mais ainsi que l'a fait justement observer la Cour de Cassation italienne — 10 août 1934 — « la partie de l'article 843 qui concerne la permanence des cautions et des autres garanties n'a été ni expressément ni tacitement abrogée par l'article 18 de la loi de 1930¹. »

*
**

Mais l'article 18 ne paraît pas avoir éliminé tous les inconvénients qu'il aurait dû supprimer ; son application a soulevé des controverses doctrinales et des décisions jurisprudentielles diverses, toutes curieuses à suivre, caractéristiques de la souplesse de l'esprit latin friand de subtiles analyses.

109. — Il y aurait, autour de l'article 18, toute une

1. Ar. 843. — En cas d'inexécution par le failli des conditions de son concordat, la résolution de ce traité pourra être demandée par la majorité des créanciers intervenus aux délibérations et qui n'auraient pas encore touché les sommes promises ; le calcul de cette majorité se fait suivant les règles établies à l'article 833 (majorités concordataires).

La demande sera portée devant le Tribunal au nom desdits créanciers par le curateur, ou par les créanciers eux-mêmes, le curateur appelé, contradictoirement avec le failli et les cautions s'il y en a.

La résolution pourra être demandée individuellement, mais seulement dans leur propre intérêt, par un ou plusieurs créanciers, qui n'auraient pas touché tout ou partie des sommes échues qui leur ont été attribuées par le concordat.

Dans ce cas, lesdits créanciers rentrent dans l'intégralité de leurs droits à l'égard du failli, mais ils ne peuvent réclamer le surplus des dividendes promis par le concordat qu'après l'expiration des délais consentis par ce traité pour le paiement des dernières parts.

La résolution du concordat ne libérera pas les cautions qui y sont intervenues et ne fera pas cesser les hypothèques et autres garanties qui y auraient été consenties.

étude spéciale à faire ; nous nous bornerons à énumérer les problèmes soulevés.

1° *Rôle du magistrat.* — Est-ce pour lui une obligation impérieuse d'ordonner la réouverture de la faillite devant les inexécutions qui lui sont révélées ? La carence du débiteur dans le versement successif des dividendes à un seul créancier révèle-t-elle l'urgence d'une deuxième mise en faillite ?

Le juge n'a-t-il pas un certain pouvoir d'appréciation, et en bonne logique la faculté de différer sa décision ? Le texte et l'esprit de la loi sembleraient l'exclure. Le tribunal se trouve souvent dans l'alternative suivante : ou accorder des délais, ce qui est illégal, ou rejeter la demande par une décision sans appel.

2° *La déclaration de faillite d'office.* — Suffit-il que la preuve d'inexécution du concordat soit donnée au magistrat pour que la faillite d'office soit déclarée ? Le texte de la loi laisse subsister un doute : la faillite d'office est mise sur le même plan que celle déclanchée à la requête d'un ou de plusieurs créanciers ou de l'ancien curateur. Sommes-nous dans un cas particulier ou le juge a-t-il à apprécier l'ensemble des circonstances qui commandent une réouverture de faillite au nom de l'intérêt public ?

3° *La résolution individuelle de l'article 843 et ses conséquences originales subsistent-elles ?* Nous avons vu plus haut que pour la résolution totale du concordat il ne fallait plus un quorum de créanciers pratiquement impossible à obtenir, que les deux premiers paragraphes sont certainement remplacés par l'article 18. Quid des trois alinéas suivants dans le silence de la de 1930 ?

Il est symptomatique d'observer que dans les récentes éditions du Code de Commerce, par exemple l'édition de l'année 1937 de Manuali Hoepli¹, l'article 843 du Code de 1882 est reproduit intégralement. Cer-

1. « Codice di Commercio », page 138.

tains auteurs¹ soutiennent que le législateur aurait expressément formulé l'abrogation de cette résolution individuelle, s'il avait voulu la supprimer. Elle n'est d'ailleurs pas une opposition de texte avec l'article 18 ; le but de la loi est d'autre part de stimuler le débiteur, de donner une arme facile à manier à ses créanciers. Si le concordat est un contrat synallagmatique, le droit de résolution individuel doit subsister. Un créancier demande à être couvert de ses dividendes ; le Tribunal, pour lui donner satisfaction, ne va pas être dans l'obligation de grossir la décision qu'on lui demande d'un jugement de faillite.

A ces arguments, la jurisprudence oppose l'exposé des motifs du rapport du Ministre ; on y lit en effet que « l'action en résolution collective exige une convocation des créanciers trop difficile à obtenir, et l'action individuelle demande un long jugement avec des résultats en fin de compte assez maigres. » Ce serait là la condamnation des deux résolutions de l'article 843. Cette objection ne semble pas décisive.

Le champ de la discussion, on le voit, est étendu ; elle pourrait faire l'objet d'une étude spéciale.

*
**

110. — La résolution du concordat est, on le sait, d'après l'article 18, une décision prise en chambre du Conseil et ne pouvant être attaquée (*non soggetta a gravame*). C'est là une originalité. Et l'on se demande si le jugement rejetant la demande en résolution a la même destinée. La jurisprudence a répondu en général affirmativement, estimant que la loi de 1930 avait voulu simplifier le plus possible la procédure, en conférant au Tribunal un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Récemment, le Tribunal de Naples² a décidé que les

1. NAVARRINI, *ibidem*, pages 216 et suivantes.

2. 26 septembre 1934, dans « Foro italiano », 1934, I, 1180.

créanciers du failli concordataire ne peuvent pas faire tierce opposition au jugement qui rouvre la faillite en vertu de l'article 18 de la loi de 1930, et ceci parce que la loi dans sa formule générale a exclu tout recours (*ogni gravame*).

• 31
7 00
23

CHAPITRE V

LE CONCORDAT PRÉVENTIF

BUT DE L'INSTITUTION

111. — « L'institution du concordat préventif, dit Navarrini¹, a comme principale raison d'être et comme but immédiat de préserver le commerçant malheureux et honnête qui se trouve momentanément dans la gêne, d'une déclaration de faillite qui devrait normalement le frapper d'après les règles générales de droit. Empêcher une telle déclaration, et par suite toutes les conséquences diverses qui en sont l'immédiate et inéluctable conséquence ; donner au commerçant le moyen, si c'est possible, de se relever, en examinant avec soin sa situation difficile, en continuant à demeurer, avec quelques restrictions nécessaires cependant, à la tête de son entreprise, que la liquidation de la faillite aurait probablement dispersée pour toujours, même si un concordat intervenait par la suite ; et d'autre part, assurer aux créanciers, sans une obligation de liquider, une substantielle satisfaction de leurs droits — dans la mesure où le patrimoine de leur débiteur le permet — ; tels sont les motifs qui ont donné au concordat préventif son essence et son essor. »

Le concordat préventif a été réalisé par la loi du 24 mai 1903, loi qui soulève de nombreuses critiques ; à l'application, de graves inconvénients se sont révélés et diverses décisions législatives sont venues modifier le

1. *Op. cit.*, tome II, page 307.

texte initial¹, et parmi les dernières nous retenons la loi de 1930.

Le législateur italien s'est préoccupé, comme beaucoup d'autres, de légaliser une situation intermédiaire entre la solvabilité et la faillite, de réglementer les simples suspensions de paiements, et de donner aux créanciers des garanties pour les attermoiements qui peuvent être la suite de cet arrêt dans les paiements : en France la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire, du 2 juillet 1919 sur le règlement transactionnel, du 25 août 1937 sur le règlement amiable homologué². Avant la loi du 24 mai 1903, et dans le Code de Commerce de 1882, existait déjà une procédure spéciale, appelée « *moratoria* ».

*
* *

112. — On peut l'appeler la « surséance » : les lettres de surséance, ou lettres de répit, étaient obtenues du grand sceau par le débiteur pour suspendre les poursuites de ses créanciers durant une période pouvant s'étendre jusqu'à cinq ans.

La surséance trouve son origine dans le Droit romain ; pour éviter l'exécution sur ses biens, après l'envoi en possession de ses créanciers, le débiteur avait le choix entre deux moyens ; l'attermoiement accordé par l'empereur et le délai consenti par les créanciers eux-mêmes. La suspension de paiement octroyée par l'empereur portait le nom d'« *indicae* », et en latin du moyen âge, de « *litteraz respirationis* », « *moratorium* ». Devant l'insuffisance des délais accordés par le préteur, les débiteurs insovables s'adressaient directement à l'empereur. La première trace de cette coutume se trouve dans le Codex Theodosianus, et la concession

1. *Ibidem*, page 309, en note.

2. Voir le tableau des législations qui connaissent le concordat de majorité avant la faillite dans le traité « Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires », par J. PERCEROU, tome II, page 741, et tome III, page 358.

des lettres moratoires était courante au temps de Grattien, Valentinien et Théodose. La procédure débutait par une supplique contenant l'exposé de l'affaire ; cette supplique est la requête moderne (*ricorso*). L'empereur lui donnait satisfaction, malgré la volonté des créanciers, mais après une *causae cognitio* ¹.

*
**

113. — La procédure de la surséance, « della moratoria », qui a un intérêt historique tout particulier, était décrite dans le Code de Commerce de 1882, au chapitre II du titre VI, intitulé « De la cessation et de la suspension de la faillite », dans les articles 819 à 830, abrogés d'ailleurs par l'article 42 de la loi de 1903.

« Lorsque le jugement déclaratif de faillite, dit l'article 819, a été prononcé, à la requête des créanciers ou d'office, le failli pourra, dans les trois jours de la publication de ce jugement, demander au Tribunal d'en suspendre l'exécution, s'il démontre par des justifications sérieuses, que la cessation de ses paiements a été la conséquence d'événements extraordinaires et imprévus ou tout à fait excusables, ou s'il parvient à établir, à l'aide de documents probants ou de garanties suffisantes, que l'actif de son patrimoine dépasse le passif.

« La demande ne sera pas recevable si elle n'est pas précédée ou accompagnée de la présentation de livres de commerce régulièrement tenus, du bilan commercial et d'un état nominatif de tous les créanciers, avec indication de leur domicile, et du montant de leurs créances. »

Le Président du Tribunal convoque les créanciers, note leurs déclarations sur la demande de surséance et la durée du sursis ; il n'est donc pas question d'une réduction du passif. Le rôle des créanciers est consulta-

1. Pour plus amples développements, voir « La faillite d'après le Droit Romain », par VAINBERG, pages 140 et suivantes.

tif ; le Tribunal statue en effet « en tenant compte autant que possible du vote émis par la majorité des créanciers ». S'il juge la demande inadmissible, le programme de son intervention est fixé d'avance ; il devra :

1° Fixer à la surséance un terme qui ne pourra dépasser six mois ;

2° Prescrire au débiteur de faire constater dans le délai imparti qu'il a remboursé toutes ses dettes échues ou qu'il a obtenu des créanciers des délais de paiements.

3° Ordonner les mesures conservatoires et les précautions qu'il jugera nécessaires pour garantir l'intégrité du patrimoine du débiteur ;

4° Nommer une commission de créanciers chargée de surveiller l'administration et la liquidation du patrimoine affecté à la faillite... »

Les auteurs italiens semblent ne pas avoir pris au sérieux la surveillance de la commission des créanciers ; l'un d'eux déclare qu'en fin de compte, le débiteur imposait à ses créanciers le dividende le plus réduit possible (*il dividendo piu magro che gli riesce*).

114. — La surséance pouvait être accordée non seulement depuis le jugement déclaratif de faillite, mais même avant ; l'article 827 stipulait en effet :

« Même avant toute déclaration de faillite, le commerçant qui justifiera se trouver dans les conditions requises par l'article 819, pourra obtenir une surséance en déposant au greffe du tribunal les documents exigés par ledit article, ainsi que la somme présumée nécessaire pour les frais.

« Si les justifications ainsi apportées paraissent suffisantes, le tribunal, ou le demandeur en chambre du conseil, pourra ordonner la convocation des créanciers dans le plus bref délai possible, sans jamais dépasser quinze jours. Il prescrira les mesures provisoires qui paraîtront opportunes et il confiera à un juge le soin d'en surveiller l'exécution.

« Le jugement sera notifié au procureur du roi pour les effets spécifiés à l'article 694. »

L'article 694 prescrit au procureur du roi de faire tous les actes d'instruction nécessaires pour procéder s'il y a lieu à des poursuites pénales. Le troisième alinéa de l'article 827 était indispensable puisque l'état de faillite n'était pas officiellement proclamé ; le législateur italien n'oublie jamais, devant une déconfiture, le magistrat pénal.

« Cette sorte de surséance, ajoutait l'article 827, est régie par celles des dispositions du présent chapitre qui ne sont pas incompatibles avec sa nature. »

Ce dernier paragraphe, en l'absence d'une réglementation précise, paraît avoir ouvert la voie, dans certains cas, à un concordat, qu'on pourrait considérer comme un genre de concordat préventif ; les controverses sur ce point se multipliaient. Une mise au point précise s'imposait : le concordat préventif étant un avantage incontestable pour le commerçant, il importait d'en fixer rigoureusement les conditions, d'établir un contrôle sévère, d'imposer des garanties positives dans l'intérêt des créanciers ; tel fut l'objectif de la loi du 24 mai 1903.

115. — L'article 827 contient *in fine* une disposition qui marque la sévérité habituelle du législateur italien à l'égard du débiteur :

« S'il apparaît au Tribunal que la demande ne soit pas justifiée, ou s'il se révèle une des circonstances prévues à l'article précédent, la faillite sera déclarée sans autre forme de procès. »

Ces circonstances sont celles qui procèdent de la mauvaise foi du débiteur :

« Le Tribunal pourra révoquer, même d'office, la surséance et prescrire les mesures nécessaires pour la continuation de la procédure de faillite, si, après l'octroi de la surséance, on vient à découvrir, soit l'existence de dettes non déclarées par le failli, soit l'inexistence de créances prétendues, soit que le failli ne se conforme

pas aux engagements qui lui ont été imposés relativement à l'administration et à la liquidation de son patrimoine, soit qu'on relève à sa charge des actes dolosifs ou de mauvaise foi, soit enfin qu'il soit constaté que sa situation n'offre plus aucune chance d'éteindre complètement le passif. »

116. — Les lois françaises sur la faillite, dans leur évolution, sont imprégnées d'une indulgence toujours croissante, en faveur du débiteur. Cette tendance se révèle dans le choix des noms des procédures nouvelles : règlement transactionnel, et tout récemment, règlement amiable homologué. On vise nettement à ménager l'amour-propre du commerçant défaillant. Mais cet effort procède d'une vaine idéologie : le législateur a cru pouvoir créer une atmosphère, l'opinion publique ne s'est pas laissé tromper ; les créancier et les fournisseurs de l'avenir moins encore ; aux yeux de tous le débiteur qui a obtenu le « règlement amiable homologué » — concordat préventif sans le mot — a « fait faillite ». L'étiquette ne fait illusion à personne ; le débiteur, avant de déposer la requête, est passé par toute la gamine des émotions éprouvées par ceux qui se débattent : au seuil de la procédure d'attribution, sa sensibilité s'est émoussée, il est endurci : qu'importe le flacon, pourvu qu'il ait, non point l'ivresse, mais l'apaisement d'un passif réduit et dispersé dans le temps.

Nous avons vu, dans le concordat de masse, que la loi italienne, au contraire, renforce sa sévérité. Nous observons encore que le terme de la surséance ne pouvait pas dépasser six mois. Le concordat préventif se révélera plus rigoureux que notre règlement amiable homologué. Il y a là une note constante qui différencie les deux législations. Elle se faisait entendre déjà à l'époque de la surséance, abrogée, nous l'avons dit, en principe du moins, par la loi de 1903.

*
* *

117. — En principe seulement, remarquent, non sans regret, les auteurs italiens, car la surséance a été « malheureusement exhumée » par le décret du 6 décembre 1921 — auquel sont venu s'ajouter d'autres dispositions législatives — à propos de la déconfiture de la Banque Italienne d'Escompte. Elle a été étendue à « toute société coopérative faisant du crédit et à toute société anonyme en commandite par actions, dont le capital, d'après les derniers bilans approuvés, est supérieur à cinq millions de liras, et dans la mesure où ces sociétés pouvaient justifier, par des preuves sérieuses, que leur cessation de paiements était la conséquence d'événements extraordinaires et imprévus ou par ailleurs excusables, et qu'elles avaient incontestablement des raisons de subsister dans l'intérêt de la masse créancière. » Ces dispositions n'ont été appliquées « heureusement » qu'aux déconfitures antérieures au 30 juin 1923 (décret du 15 mars 1923). La coexistence de la surséance et du concordat préventif, l'un pour les sociétés par actions, l'autre pour les simples commerçants, ne paraissait pas logique.

*
* *

118. — Enfin, pour en terminer avec les grandes lignes de l'historique du concordat préventif, signalons que, durant les travaux préparatoires, il s'était agi d'étendre même aux non-commerçants, par exemple aux agriculteurs, cette institution. Mais cette suggestion fut abandonnée ; elle paraissait inconciliable avec les principes fondamentaux de la loi italienne qui n'admet pas la faillite des non-commerçants.

*
* *

La surséance pouvait être demandée soit avant la faillite, soit après le jugement déclaratif. Elle consis-

tail — en dépit de controverses soulevées sur l'orientation concordataire de cette procédure — en une temporisation dans le règlement du passif. Le concordat préventif, par définition, s'octroie avant toute faillite, puisqu'il a spécifiquement pour but de l'éviter ; il s'analyse en une réduction du passif et en un échelonnement des paiements. Notre règlement amiable homologué tend à être un concordat préventif ; nous constaterons en étudiant le développement de la procédure italienne le parallélisme partiel des deux législations et leurs divergences principales.

*
**

119. — La loi du 24 mai 1903, dans la partie qui concerne le concordat préventif, comporte 35 articles.

Dépôt de la requête.

La procédure débute par une requête adressée au Tribunal du domicile — le domicile étant le lieu du principal établissement dans lequel le débiteur demande la convocation des créanciers pour leur proposer un concordat préventif (art. 1^{er}, premier alinéa).

Les sociétés commerciales légalement instituées peuvent, par une requête déposée au Tribunal de leur siège social, proposer un concordat préventif par l'entremise de ceux qui détiennent la signature sociale.

Les propositions de concordat doivent, avant l'assemblée des créanciers, être approuvées dans les conditions fixées par le pacte social ou par la loi pour la dissolution anticipée de la société débitrice.

Tel est le contenu de l'article premier de la loi de 1903.

Les commentateurs font remarquer qu'un commerçant peut se faire remplacer pour la présentation de la requête par un mandataire spécial. Ils observent par ailleurs, que le conseil d'administration d'une société,

qualifié pour demander la déclaration de faillite, l'est aussi en bonne logique pour une telle opération.

En même temps que la requête, le débiteur doit produire : 1° Ses livres de commerce obligatoires, parmi lesquels doivent figurer le livre journal et le livre d'inventaire régulièrement tenus depuis au moins trois ans, ou depuis le début de l'entreprise, si celle-ci n'a pas trois années d'existence ; 2° Un état descriptif et estimatif de ses éléments d'actif ; 3° L'état nominatif de tous ses créanciers avec le montant de leur créance et leur domicile ; et, s'il s'agit d'une société, les documents justifiant des formalités de constitution. Nous verrons plus loin que la loi de 1930 a apporté d'autres exigences.

Il doit également exposer les raisons qui le déterminent à cette demande, indiquer les propositions qu'il compte faire à ses créanciers, ou les motifs pour lesquels il ne peut pas les préciser immédiatement (art. 2).

Toutes les dettes doivent être mentionnées, qu'elles soient commerciales¹ ou civiles, échues ou non échues, sans aucune exception, sauf impossibilité momentanée et toujours sous réserve d'une liste complémentaire ultérieure. Les sociétés irrégulières ne sont pas admises à présenter requête. La raison de cette exclusion ne réside pas dans le fait qu'elles sont *a priori* réputées indignes du bénéfice de la loi : il est octroyé ou refusé suivant la nature des causes de la déconfiture ; une société irrégulière peut être victime de circonstances économiques imprévues. Mais le législateur s'est plutôt préoccupé d'obliger les sociétés irrégulières à se mettre en règle avec la loi ; les créanciers sociaux, certes, peuvent pâtir de cette sélection, mais il leur appartient de prendre leurs précautions.

1. Le règlement amiable homologué ne s'applique « ni aux dettes qui n'auront pas été contractées pour les besoins du commerce ou de l'entreprise artisanale du débiteur ou qui ont une origine délictuelle ou quasi délictuelle... » ; art. 25 du décret du 25 août 1937.

Une société en liquidation peut-elle bénéficier du concordat préventif ? Il s'agit, évidemment, d'une liquidation amiable. En droit français, la jurisprudence est incertaine. La Cour d'Appel de Milan, dans un arrêt du 24 mars 1933, répond par l'affirmative. C'est en effet un moyen pour la société en liquidation d'éviter la faillite.

Le dépôt de la requête dans le décret du 25 août 1937.

120. — La documentation exigée du commerçant est sensiblement la même ; les livres comptables toutefois ne sont pas exigés : dans bien des cas leur tenue irrégulière ou incomplète serait en effet constatée. Le débiteur qui fait une demande de règlement amiable homologué est à la tête d'une entreprise qui bat de l'aile depuis plusieurs années ; il a des préoccupations de trésorerie qui laissent loin derrière elles celle de tenir ou de faire tenir à jour la comptabilité ; dans les petites et moyennes entreprises, les fonds finissent par manquer pour rémunérer le comptable. La loi italienne sur ce point est plus stricte.

Elle ne prévoit pas les deux hypothèses envisagées en France : la procédure instituée par le décret du 25 août 1937 est différente suivant que le débiteur a obtenu ou non de ses créanciers, avant le dépôt de sa requête, l'acceptation de ses propositions de règlement ; et deux cas sont par conséquent à examiner :

1° La procédure à suivre lorsque le débiteur a déjà obtenu de ses créanciers l'accord sur les propositions de règlement ;

2° La procédure à adopter si le débiteur n'a pas cet accord.

La loi de 1903 ne se place que dans la deuxième hypothèse ; la première lui est inconnue. Le rôle primordial est dévolu au Tribunal ; les créanciers n'interviennent qu'en second lieu ; leur avis ne peut jouer que dans un domaine d'application circonscrit avec soin par le Tribunal, on le verra bientôt. Tandis que le gref-

fier français donne avis de la requête dans les vingt-quatre heures de son dépôt au Procureur de la République qui n'intervient pas, le ministère public est entendu par le Tribunal italien qui, ne l'oublions pas, est un tribunal civil.

La surveillance des entreprises défaillantes est une question d'ordre public, nous l'avons vu au début de ce travail ; elle intéresse la moralité commerciale, la profession et la défense nationale. L'Etat a un droit de regard régalien : la cité est en danger.

La loi française n'est pas imprégnée de cet esprit ; elle vise plutôt à remplacer une affaire sans affliger le débiteur. Politique d'abord. Si celui-ci s'entend au préalable avec ses créanciers, tant mieux ; la procédure en sera accélérée, le travail étant déjà avancé. Si des abus par trop criards ne se révèlent pas à l'examen, le Tribunal de Commerce fera le geste officiel d'homologation. C'est une solution de facilité qu'expliquent en partie la variété des ressources nationales, le renouvellement incessant et inlassable de l'épargne. Sous le signe de ces richesses, l'indulgence s'explique. Un patrimoine moins bien nanti, plus discipliné dans son essence, a des méthodes plus rigoureuses ; nous le constaterons encore.

Voilà donc les tribunaux saisis.

Le rôle du tribunal italien : les cas de rejet de la requête :

121. — Il y a d'abord un rôle négatif précisé dans l'article 3 de la loi du 24 mai 1903 et complété par l'article 23 de la loi du 10 juillet 1930 : par une décision prise en chambre du conseil et non susceptible de recours, le Ministère public entendu, le tribunal rejette la requête dans les cas suivants :

1° Si le demandeur n'a pas présenté les livres et les documents énumérés dans l'article précédent ;

2° S'il a été condamné pour l'un des délits prévu dans

l'article 16, deuxième alinéa, du Code de Commerce, article ainsi conçu :

« Le failli qui justifie avoir payé intégralement en capital, intérêts et frais toutes les créances admises à la faillite peut obtenir du Tribunal un jugement en vertu duquel son nom sera rayé de la liste des faillis. »

Et voici l'alinéa qui nous intéresse :

« La présente disposition n'est pas applicable aux individus coupables de banqueroute frauduleuse, aux commerçants condamnés pour faux, vol, appropriation indue, escroquerie ou tromperie, non plus qu'à ceux qui ont commis des malversations dans la gestion des deniers publics. »

C'est déjà une première élimination obligatoire.

3° S'il n'a pas satisfait aux obligations contractées dans un précédent concordat préventif ;

4° Si, ayant été déclaré en faillite, il n'a pas payé intégralement en capital, intérêts et frais, toutes les créances admises, ou s'il n'a pas complètement rempli ses engagements concordataires.

Le législateur de 1903 n'a pas confiance dans les récidivistes.

Et voici la pièce maîtresse de la loi :

5° S'il n'offre pas de sérieuses garanties réelles ou personnelles, de *pouvoir payer au moins quarante pour cent du passif* non privilégié ou non garanti par une hypothèque ou un gage. Nous reviendrons sur cette importante stipulation.

6° Si l'on vérifie l'un des faits énumérés dans l'article 855, deuxième alinéa, du Code de Commerce.

122. — Cet article 855 se place au titre VIII : « Des infractions pénales en matière de faillite » ; il nous paraît d'un vif intérêt de le rappeler intégralement, il cadre bien avec les dispositions précédentes ; les matériaux sont homogènes, la construction est harmonieuse, l'architecte ne se déjuge pas. Le magistrat pénal, comme le juge civil, est au service de l'économie nationale ; toutes les forces sont convergentes, elles visent à l'épu-

ration commerciale, à la protection des créanciers. Le rôle du magistrat pénal, à lui seul, constitue un champ d'étude fertile.

« L'action pénale pour les infractions comprises dans le présent titre est publique ; elle peut être intentée même avant la déclaration de faillite, lorsque, en même temps que la cessation des paiements, on constate à l'encontre du failli sa fuite, la dissimulation de sa personne, la fermeture de ses magasins, le détournement ou la soustraction ou la diminution frauduleuse de son patrimoine au préjudice de ses créanciers.

« En ce cas, il appartient au procureur du roi de dénoncer la cessation des paiements au président du tribunal de commerce, pour qu'il soit procédé conformément aux dispositions du titre I^{er} du présent livre. »

Et l'article 3 ajoute dans son dernier alinéa qu'en pareilles circonstances, révélatrices d'une cessation de paiements pour des obligations commerciales, le Tribunal déclare d'office la faillite.

Nous en aurons terminé avec l'énumération des cas de rejet de la requête, lorsque nous aurons cité l'article 23 de la loi du 10 juillet 1930 ; il renforce les mesures précédentes, et tend à empêcher notamment que le paiement des quarante pour cent soit renvoyé aux calendes grecques par un débiteur savamment temporisateur.

« Ne peut être admis, dit-il, à la procédure du concordat préventif, le commerçant qui, dans les cinq années précédentes, a obtenu un concordat préventif ou a été déclaré en faillite. » Peu importe que les promesses faites aux créanciers aient été intégralement tenues, le législateur refuse son indulgence au commerçant qui a déjà eu une telle aventure. C'est une sévérité de plus : pas de « concordat à répétition ».

« Pour les sociétés commerciales, on exige en outre qu'elles soient légalement constituées depuis l'origine ou au moins depuis deux ans. » Nous connaissons la raison de cette exigence ; on ne veut pas d'inconstitution hâtive dans le dernier quart d'heure.

« Ne peut, en outre, être admis à la procédure du concordat préventif le commerçant qui n'offre pas de sérieuses garanties réelles ou personnelles de pouvoir payer, en moins de six mois de la date du jugement d'homologation du concordat le minimum de quarante pour cent établi par l'article 3 de la loi du 24 mai 1903, à moins que des garanties identiques soient fournies pour le paiement des intérêts légaux sur la somme promise à partir de ces six mois. »

*Le minimum de quarante pour cent
et le règlement amiable homologué.*

123. — Le Comité de sélection a aussi ses règles complètement tracées, et la sélection est sévère. Quarante pour cent en moins de six mois... et avec une garantie d'intérêt légal si le paiement n'est pas effectué dans ce délai. Quelle orgie pour les créanciers français qui ont vu, à Paris, en 1936, quatre-vingt-deux pour cent des faillites clôturées pour insuffisance d'actif.

Mais aussi, combien de commerçants seraient-ils admis au bénéfice d'un règlement amiable homologué s'ils étaient soumis à un triage aussi rigoureux. Le législateur français est moins difficile, mais les créanciers se nourrissent de plus d'illusions, et les propositions de leur débiteur ne sont souvent pas autre chose qu'une joyeuse chanson qui berce leur misère pendant un temps. Et puis, un commerçant qui est en mesure de régler, d'une façon certaine, quarante pour cent de son passif, ne frappera pas, à notre époque du moins, à la porte d'un tribunal pour obtenir un règlement d'ensemble. Il fera tête à l'adversité, et ne capitulera que lorsque ses moyens d'action et de crédit seront épuisés. Notre esprit individualiste répugne à l'idée d'un sauvetage qui s'affiche dans les colonnes des journaux ou qui s'étale dans le prétoire d'un Tribunal. La loi française a créé un instrument propre à redresser une situation, possédant par lui-même une vertu d'efficacité, mais à con-

dition que le débiteur fasse preuve de clairvoyance et de décision, qu'il aperçoive à temps l'évolution fatale de son entreprise et qu'il sache consentir immédiatement l'opération chirurgicale nécessaire. Or, ces qualités sont rares. Cette volonté jouerait plus efficacement si un minimum de dividende versé dans un temps maximum était exigé ; la solution italienne a là une supériorité nette, les retardataires sont sacrifiés. La loi sur le règlement amiable homologué a voulu rester silencieuse sur ce minimum, pour réserver des cas particulièrement intéressants, où même un pourcentage réduit ne pourrait pas être versé. Mais nous avons vu, à propos des vingt-cinq pour cent du concordat de masse, ce que valait cette préoccupation. Une loi est conçue et rédigée dans l'intérêt du plus grand nombre ; les masses des créanciers ne sont pas sacrifiées à quelques débiteurs impuissants, victimes de l'adversité.

La décision de rejet n'est pas susceptible de recours ; la procédure en effet doit être rapide.

*L'admission de la requête
et la procédure proprement dite.*

124. -- Le jugement d'admission est également inattaquable, il termine la première phase de la procédure d'admission ; la deuxième est jalonnée par l'homologation. Le jugement — article 4 de la loi du 24 mai 1903 ordonne la réunion des créanciers devant un juge-commissaire (*giudice delegato*) pour discuter et délibérer sur les propositions du concordat préventif ; il fixe le lieu, le jour et l'heure de la réunion dans un délai de trente jours, temps pendant lequel la décision sera publiée et communiquée aux créanciers.

Il nomme, disait la loi de 1903, un commissaire qui ne doit pas être un créancier, avec la mission de veiller dans l'intervalle sur l'administration de l'entreprise, d'en vérifier l'actif et le passif, de contrôler la conduite du débiteur et d'en référer à la réunion des créanciers.

La loi de 1930, dans son titre II, celui qui s'occupe du concordat préventif et des petites faillites, prescrit de choisir le commissaire-judiciaire — notre mandataire de justice — parmi les administrateurs dont le recrutement, la qualité et la rémunération sont réglementés par les articles 1, 2 et 5.

Nous avons étudié ces dispositions à propos du fonctionnement des organes de la faillite. Etant donné le mandat dont le commissaire-judiciaire est chargé, il est logique de faire appel aux curateurs : par leur formation générale, professionnelle, leur habitude des affaires commerciales, ils se qualifient pour une pareille tâche.

Dans les discussions qui se sont déroulées autour du décret du 25 août 1937, sur le règlement amiable homologué, d'aucuns voulaient confier cette mission à un expert-comptable ; c'est, à notre avis, une erreur de conception ; un expert-comptable est un spécialiste ; ce qui doit caractériser les aptitudes des collaborateurs des tribunaux de commerce : c'est une formation générale et juridique les rendant aptes à s'assimiler rapidement dans leurs grandes lignes, les affaires nouvelles, variées et complexes, qu'ils ont à analyser ; c'est une formation de la volonté, acquise par la pratique des responsabilités quotidiennement prises ; on ne trouve plus facilement l'une et l'autre chez les liquidateurs de profession ; le comptable doit jouer un rôle subalterne.

125. — Le « mandataire de justice » doit être un vérificateur, il n'a pas à s'immiscer dans l'administration des biens du débiteur ; la loi du 2 juillet 1919 sur le règlement transactionnel prévoyait un inventaire ; aucune mesure de cette nature dans la procédure du règlement amiable. Il n'a pas, comme le commissaire-judiciaire, à surveiller (*invigilare*) l'activité du débiteur ; ici apparaît encore, dans ce détail, la différence souvent constatée entre les deux législations : dans l'une, une discipline organisée, dans l'autre, de larges facilités ; toutes deux tendent à défendre la masse et veulent

ménager le débiteur, mais la première est plus sévère, et, à cette sévérité, les créanciers n'ont qu'à gagner.

Le jugement d'admission a encore d'autres objets : si la liste des créanciers n'est pas complète, il impartit au débiteur pour la compléter un délai qui ne dépasse pas cinq jours, chaque fois que dans la requête il a été justifié que cette liste ne pouvait pas être présentée dans son intégralité ; et l'article 4 de la loi de 1903 entre dans le détail des motifs à invoquer : le caractère des créances, la nature du fonds de commerce, son importance ; le débiteur est serré de près.

Les livres comptables sont arrêtés par le juge-délégué et le greffier ; c'est encore une disposition inconnue de la loi française.

*
**

126. — La publication du jugement est assurée par le greffier, ainsi que la transcription au bureau local de la conservation des hypothèques. Le greffier français se contente de mentionner sur le registre du commerce le jugement d'ouverture de la procédure. La publicité est donc, en droit italien, obligatoire ; la loi française l'a voulue facultative, toujours pour ménager le débiteur ; il y a, en effet, des cas où une comptabilité bien tenue rend les insertions superflues ; il est cependant utile au crédit public de faire connaître les entreprises défailiantes ou réputées telles. Le législateur italien a eu cette préoccupation ; il a prévu que le Tribunal pourra ordonner une publicité plus large même dans les journaux étrangers.

Et dans le projet définitif du Code de Commerce il a inséré une disposition nouvelle : la communication obligatoire du jugement à la Chambre de Commerce. Cette grave divergence de conception sur la publicité nous conduira logiquement à souligner l'une des différences profondes entre le règlement amiable et le concordat préventif, à telles enseignes que l'institution

française perd la physionomie d'un concordat. Le greffier est aussi chargé de convoquer les créanciers, il les prévient sommairement des propositions du débiteur ; dans les détails de ce rassemblement, nous n'entrerons pas, ils ne présentent rien d'original. L'article 6 prévoit aussi, pour les sociétés qui ont émis des obligations, des mesures de publicité spéciales en raison du grand nombre de créanciers ; il suffit de s'y reporter.

Nous avons vu, dans les premiers chapitres de cette étude, avec quel soin la rémunération des curateurs a été réglementée ; la loi de 1903 la prévoit dans son article 24 : « L'indemnité due (au commissaire judiciaire) est liquidée par le juge-délégué. Tout pacte contraire est nul. »

Sur quelles bases sera-t-elle calculée ? L'article 21 de la loi de 1930 ne renvoie pas au paragraphe 1^{er} de l'article 5, d'après lequel les frais et honoraires du curateur sont liquidés par le Tribunal ; les paragraphes 2 et 3 sont bien applicables au commissaire-judiciaire qui a ainsi à participer à la formation du fonds de réserve que nous connaissons. Il faut donc rechercher ailleurs d'autres éléments de calcul : une circulaire du 10 janvier 1931, postérieure de six mois à la nouvelle loi sur la faillite, précise que « les émoluments dus au commissaire doivent normalement être inférieurs à ceux qui pourraient être accordés au curateur d'une faillite qui se terminerait par un concordat, et ne peuvent être, en aucun cas, supérieurs ». Les bases de la taxation sont donc établies. Le paragraphe 2 de l'article 5 stipule qu'aucune rémunération, autre que celle arrêtée par le Tribunal, ne peut être réclamée par le curateur. Il apparaît donc une discordance entre ce texte et l'article 24 de la loi de 1903. Il semble que la coordination de ces deux textes conduise à la taxation par le juge-délégué¹.

1. NAVARRINI, tome II, page 318.

*Quels sont les effets du jugement d'admission
(decreto).*

127. -- Pour l'intelligence de notre travail de droit comparé, il nous paraît utile de rappeler à quelle étape de la procédure française correspond ce jugement. Deux procédures différentes, on le sait, peuvent se développer, après le dépôt de la requête :

1° *Le débiteur a déjà obtenu de ses créanciers leur accord pour le règlement amiable.*

Le Tribunal rend, en chambre du conseil, un jugement désignant le juge-délégué, le ou les mandataires, et ordonnant s'il y a lieu, une publicité : c'est le premier jugement.

Dans un deuxième jugement, il homologue le règlement amiable, il le refuse, ou il décide que la procédure d'homologation prévue par le décret sera continuée. Dans ce troisième cas, nous voyons ensuite l'assemblée des créanciers et le jugement d'homologation.

Donc, au total : trois jugements pouvant se réduire exceptionnellement à deux.

2° *Le débiteur n'a pas, avant le dépôt de la requête, l'accord préalable de ses créanciers pour son règlement amiable.*

Dans ce cas, nous avons un premier jugement organisant les conditions de l'enquête minutieuse qui s'impose. Dans un deuxième jugement, le tribunal rejette purement et simplement le règlement amiable proposé et ordonne la continuation de la procédure. Ensuite, c'est l'assemblée des créanciers et l'homologation ; en tout, trois jugements sans réduction possible.

La loi sur le concordat préventif ne prévoit que deux jugements : celui dont nous allons examiner les effets, et qui correspond au premier des trois jugements français et le jugement d'homologation.

Effets par rapport aux créanciers.

128. — « Depuis le dépôt de la requête jusqu'à ce que le jugement d'homologation du concordat ait acquis la force de la chose jugée, dit l'article 7 de la loi du 24 mai 1903, aucun créancier ne peut, à peine de nullité, entreprendre ou poursuivre des actes d'exécution forcée, acquérir un droit quelconque de préférence sur les biens mobiliers du débiteur, ni inscrire une hypothèque.

« Les prescriptions, péremptions et déchéances, qui seraient interrompues par ces actes, demeurent suspendues.

« Les dettes d'argent (*debiti pecuniari*) qui ne bénéficient pas d'un droit de préférence sont considérées comme échues, et le cours des intérêts, vis-à-vis des autres créanciers, est seulement suspendu... »

Nous nous trouvons en présence de deux effets ; l'un essentiellement moratoire ; c'est la suspension des actes d'exécution pendant la période délimitée par le premier alinéa de l'article 7, de la part de tous les créanciers, privilégiés, nantis de gages, chirographaires ; c'est la nullité des droits de privilège acquis sur les biens mobiliers pendant cette période, des hypothèques conventionnelles ou judiciaires. L'effet moratoire s'étend aussi aux poursuites des créanciers sociaux contre les associés dont la responsabilité est illimitée, poursuites qui ne peuvent reprendre qu'après l'homologation du concordat (art. 25, paragr. 3).

Cette interdiction ne frappe pas plusieurs groupes d'actes juridiques : les protêts des effets de commerce, les actions en résolution de contrat pour inexécution, les actions possessoires dites d'expulsion, de dénonciation de nouvel œuvre ; l'exercice de certains droits personnels. Le mandataire, malgré la requête déposée par son mandant, peut faire vendre les objets qu'il détient pour l'exécution de son mandat ; une société par actions peut faire vendre les actions de ses actionnaires, non

libérées, malgré leur demande de concordat préventif¹.

Mais, des créanciers nouveaux peuvent surgir ; l'entreprise n'arrête pas son exploitation comme en cas de faillite, les opérations commerciales continuent, un autre passif se crée, quel sera son sort ? Les créances nouvelles ne sont pas frappées par les restrictions de l'article 7 : il convient d'arrêter à une date donnée la situation à redresser. D'ailleurs, il est dans le programme du commissaire-judiciaire d'empêcher le débiteur de compromettre le patrimoine de ses créanciers anciens par des actes inconsiderés.

129. — La déchéance du terme des dettes pécuniaires et la suspension du cours des intérêts par rapport aux autres créanciers appellent quelques observations : cette déchéance du terme vise les dettes d'argent et non point les prestations en nature ; il ne s'ensuit pas que celles-ci, arrivées à échéance, doivent être intégralement satisfaites ; ce serait créer à certains créanciers une situation privilégiée qui non seulement ne se justifierait par aucun texte, mais rendrait encore inexplicables certaines dispositions des articles 2, 5 et 11 de la loi de 1903, qui concernent la *totalité* des créanciers, sans distinction. Ces effets ne concernent pas les créanciers nantis d'un droit de préférence ; ils demeurent en dehors de la procédure de concordat, à moins de renoncer à leur droit. La question s'est posée également de savoir si les créanciers privilégiés devant une faillite le sont encore en face d'un concordat préventif ; les auteurs italiens répondent par la négative ; toutefois, la Cour de Cassation admet une telle extension dans des arrêts récents². Les dettes à terme certain font évidemment l'objet de l'article 7, ainsi que les dettes à terme incertain et sous condition ; sont exclues les dettes de rentes viagères ou perpétuelles, et celles qui dérivent d'obligations réciproques à échéance périodique. La clause de

1. NAVARRINI, tome II, page 320.

2. NAVARRINI, tome II, page 321, note 3.

déchéance des dettes à terme a été critiquée : ce n'est évidemment pas un allègement pour le débiteur qui doit pouvoir payer, ne l'oublions pas, au moins quarante pour cent dans un délai de six mois, souvent avant l'échéance normale d'une partie du passif. L'article 701 du Code de Commerce rend les dettes à terme exigibles après la déclaration de faillite, ceci se justifie en raison de la liquidation de l'actif à laquelle le curateur procède, presque sans désemparer ; mais, lorsqu'il n'y a qu'un dessaisissement atténué, que l'actif demeure entre les mains du débiteur, il n'y a pas lieu de lui faire perdre le bénéfice du terme. La clause de la suspension du cours des intérêts — inopposable, on le sait, aux coobligés et aux fidéjusseurs — est aussi discutée par la doctrine. Disons tout de suite que, dans le règlement amiable homologué, il n'y a ni exigibilité immédiate des dettes à terme (art. 14 du décret), ce qui nous paraît un avantage pour le débiteur — ni arrêt du cours des intérêts¹ — disposition qui allégerait son patrimoine, s'il s'agit surtout d'intérêts bancaires, sur un découvert. Pour le surplus, les effets des deux procédures vis-à-vis des créanciers ont une physionomie commune.

130. — La question des contrats en cours et de la position juridique du débiteur qui a demandé le bénéfice du concordat préventif est longue et complexe ; les principes qui inspirent les solutions proposées ont toutefois le mérite de la netteté : dans la faillite, le patrimoine du débiteur est soustrait à sa possession, il doit être réalisé et liquidé d'office ; c'est là, on le sait, un trait caractéristique de la faillite italienne ; il serait absurde d'imposer à la masse l'exécution des obligations contractées par le failli. Dans le concordat préventif, le débiteur conserve son patrimoine, l'exploitation continue et doit continuer avec sa physionomie complexe. Par conséquent, le maintien des rapports contractuels est, d'une part *exceptionnel*, et dans le second cas, non

1. J. PERCEROU, *ibidem*, tome III, page 377.

seulement *normal*, mais l'essentiel. Certains contrats ont une forme et des conséquences particulières : ventes à terme comme celles des spéculateurs sur marchandises, reports ayant pour objet des titres ou des valeurs ; ils sont résolus de droit dans les deux hypothèses parallèles que nous envisageons, mais cette résolution a des caractères différents ; rigoureuse quand il s'agit d'une faillite, elle est soumise à certaines formes pour le concordat préventif ; la liquidation se fait au jour de la faillite pour la détermination de la créance ; et, si c'est une procédure de concordat préventif, aux échéances successives des contrats ¹.

Les effets juridiques partent en droit italien du dépôt de la requête, dans des conditions bien précises ; ils ne sont en vigueur, dans le règlement amiable, qu'à partir du jugement nommant le juge-délégué.

Effets vis-à-vis du débiteur.

131. — « Durant la procédure du concordat préventif, dit l'article 8 de la loi de 1903, le débiteur conserve l'administration de ses biens et se livre à toutes les opérations habituelles de son industrie ou de son commerce sous la surveillance du commissaire-judiciaire et la direction du juge-délégué.

« Le Juge-délégué et le Commissaire-judiciaire peuvent toujours prendre connaissance des livres de commerce. »

Les opérations « habituelles » sont d'abord celles nécessitées par l'administration de son patrimoine, cette administration étant comprise dans son sens large. Le Commissaire-judiciaire d'ailleurs modère éventuellement, dans l'intérêt général, l'activité du débiteur qui est prévenu par l'article 9 des actes qui lui sont interdits.

« Sont nuls à l'égard des créanciers les donations, les actes à titre gratuit et les cautions données par le débi-

1. NAVARRINI, tome I, n^{os} 212 et suiv., tome II, n^{os} 565 et 565 bis.

teur pendant le cours de la procédure du concordat préventif.

« Sont également nuls à l'égard des créanciers les actes par lesquels le débiteur contracte des prêts, même sous forme de lettres de change, transige, compromet, aliène des biens immobiliers, constitue des gages sans l'autorisation du juge-délégué qui sera donnée seulement dans les cas de nécessité ou d'utilité évident. »

Et voici la sanction de l'inobservation des prescriptions qui précèdent :

« Si le débiteur ne se conforme pas aux dispositions des deux articles précédents, ou s'il est établi qu'il a recélé ou dissimulé une partie de son actif, qu'il a frauduleusement omis un ou plusieurs créanciers, ou présenté un passif inexistant, ou qu'il a commis quelque acte frauduleux, le juge-délégué en réfère en chambre du conseil au Tribunal qui, après avoir vérifié les faits, doit déclarer la faillite. » La faillite est donc obligatoire ; elle anéantit sans recours possible toute la procédure, quelle que soit par ailleurs la physionomie de l'opération.

132. — Arrêtons-nous un instant pour examiner les dispositions parallèles du règlement amiable ; le dessaisissement est plus atténué, le mandataire de justice a un rôle d'informateur, il n'a pas celui d'inspecteur de l'activité commerciale du débiteur qui ne peut, comme son collègue italien, ni transiger, ni hypothéquer, ni aliéner, ni s'engager. La prohibition ne frappe pas « les opérations normales de la profession ». Le juge-délégué peut intervenir pour autoriser certains actes. En tout cas, la sanction des actes défendus consiste dans l'action que tout créancier peut exercer en application de l'article 18 du décret du 25 août 1937 ; cette arme n'est guère efficace, car les créanciers, déjà affectés par l'amputation de leurs créances, ont d'autres soucis. Il est vrai que l'article 20 punit des peines édictées par l'article 405 du Code pénal « toute manœuvre frauduleuse faite pour déterminer l'homologation de l'accord

portant règlement amiable ou pour y contribuer. » Mais l'établissement de ces délits apparaît délicate.

133. — Le législateur italien met l'accent sur les préoccupations tendancieuses possibles du débiteur acculé à une procédure judiciaire et attentif, en cas d'échec, à réserver sa retraite. Cette appréhension procède d'une psychologie positive. Et le système de répression est prévu : si les faits sont dûment constatés, obligation pour le Tribunal de déclarer la faillite d'office ; et la faillite déclenche l'intervention énergique du magistrat pénal et l'application de l'article 60 du Code de Commerce sur la banqueroute frauduleuse. L'institution française au contraire « repose sur une idée de confiance très large faite au débiteur, confiance qui requiert d'ailleurs de sa part une entière droiture d'intention, puisqu'on le verra, le règlement intervenu peut être modifié au préjudice du débiteur, si sa situation s'améliore »¹ : conception idéaliste que l'on pourra juger seulement aux résultats. L'esprit qui a présidé à l'élaboration des deux institutions est donc radicalement différent : autorité, discipline, sanction, voilà le trinôme romain, synthèse solide ; mais le règlement amiable homologué — procédure dont le nom même porte le signe de la contradiction — n'est pas une œuvre homogène ; nous le verrons dans nos conclusions ; elle accumule les gestes symboliques en faveur du débiteur, mais ne lui donne pas les apaisements d'un concordat ; et les créanciers n'ont pas d'autres garanties qu'une monnaie de promesses portant sur un pourcentage qui peut être ridiculement bas.

*
* *

134. — L'article 10 déclenche, nous le savons, la faillite si le Tribunal acquiert la certitude de l'accomplissement par le débiteur de certains actes frauduleux. De quels actes s'agit-il ? La question a été discutée de savoir si,

1. « Gaz. Pal. », 14 septembre 1937, art. de M^e Paul BEGUIN.

seuls, étaient visés les actes relatifs à la demande de concordat, accomplis depuis le dépôt de la requête et y compris ce dépôt, ou bien s'il fallait remonter à la gestion antérieure à ce dépôt. Bonelli, dans le premier sens, présente une argumentation qui paraît convaincante. « L'article 10, dit-il, épuise, d'une manière presque complète, la liste des fraudes que le débiteur peut commettre pour l'obtention de son concordat : recel ou dissimulation d'une partie de l'actif ; omission dolosive d'un ou de plusieurs créanciers ; production d'un passif inexistant. Le premier et le troisième de ces faits exposent par ailleurs le débiteur à l'inculpation de banqueroute frauduleuse (article 860 du Code de Commerce). La soustraction ou la falsification des livres, quoique non explicitement mentionnée, doit être certainement comprise dans l'expression générale « a commis quelque acte frauduleux ». Mais, d'après nous, ce membre de phrase ne doit pas s'entendre dans un sens large, qui engloberait toutes les fraudes commises *antérieurement* à la demande de concordat et sans connexion avec cette demande. L'article 10 parle par exemple d'*actif recélé ou dissimulé*, mais non pas de distraction d'actif, comme le fait l'article 860. Cette omission ne peut pas être fortuite. La base du concordat est l'*actif inexistant* au moment où on fait une demande pour l'obtenir ; les faits passés serviront certainement au commissaire pour la rédaction de son rapport sur la conduite du débiteur antérieurement à sa demande (article 11) ; et, par conséquent, au Tribunal pour décider sur l'homologation du concordat (art. 20) ; également aux créanciers pour voter ce concordat ; mais ils ne sont pas suffisants pour provoquer une mesure qui interrompt la procédure aussi radicalement que celle prévue dans l'article 10. Ici, il y a le fait d'avoir induit en erreur le Tribunal et d'avoir donné à la procédure un vice de base ; ce fait justifie l'exceptionnelle gravité de cette mesure qui, passant outre à toute considération sur l'état économique de l'entreprise, sur les bonnes

dispositions des créanciers, et sur les circonstances favorables susceptibles de neutraliser encore l'impression causée par les actes de mauvaise foi, conduit sans transition à la *débâcle* de la faillite. Par conséquent, les faits de fraude, auxquels la loi fait allusion dans cet article, sont seulement ceux commis par le débiteur dans l'acte de présentation de la requête, ou ceux en connexion étroite avec cet acte, et non point les actes de fraude « antérieurs ».

Ce commentaire de l'article 10 qui reflète la clarté et la vigueur habituelles de la pensée de son auteur met excellemment en relief les idées directives du législateur italien. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 8 avril 1931, est même allée plus loin : « ... le crime de banqueroute frauduleuse subsisterait si le commerçant avait présenté un bilan en produisant un passif inexistant pour obtenir le concordat préventif, même si, une fois la faillite déclarée, il avait ensuite présenté son bilan en en retranchant le passif inexistant. »

La loi sur le concordat préventif ne prévoit pas l'exercice des actions en nullité possible dans la faillite. Les auteurs italiens le regrettent, car l'expérience prouve que ces actions rendent le concordat accessible, en augmentant l'actif¹. Par contre, la compensation ne joue pas pendant toute la durée de la procédure comme depuis le jugement déclaratif de faillite. Si la faillite est déclarée, la date de la cessation des paiements est reportée provisoirement au jour du dépôt de la requête.

*L'assemblée des créanciers,
la délibération sur le concordat.*

135. — Le rôle du Commissaire-Judiciaire est de surveiller le débiteur, d'établir exactement la situation active et passive. L'article 11 détaille avec une minutie visiblement inspirée par le soin de renseigner les créan-

1. NAVARRINI, tome II, page 327.

ciers, son programme d'information et de contrôle ; il doit notamment déposer son rapport au moins trois jours avant la réunion des créanciers, entre les mains du juge-délégué. Il n'y a pas de vérification proprement dite des créances, le magistrat fixe le jour où l'assemblée des créanciers se réunira pour discuter le concordat (art. 12) ; ces dispositions n'ont rien d'original.

Tous les créanciers peuvent intervenir personnellement ou par mandataire muni d'une procuration ; et la forme de cette procuration est simplifiée ; la délégation résulte d'une mention inscrite sur la lettre ou le télégramme de convocation (art. 12) ; nous disons « tous les créanciers », même ceux qui ne font pas partie de la masse en raison de la nature de leur créance — privilégiée ou hypothécaire — qui ne figurent pas sur la liste officielle, pourvu qu'ils puissent donner une preuve sommaire de leur droit ; le législateur italien n'est pas ici exigeant, il faut aller vite, on ne saurait temporiser pour des motifs de caractère protocolaire. L'article 10 du décret du 25 août 1937 dénote une préoccupation analogue : « au jour fixé pour l'assemblée, les créanciers, *même ceux qui n'ont pas été convoqués*, font par écrit... » Mais, il n'exige pas la présence du débiteur ; il se borne à indiquer que toute créance pourra être contestée par le postulant, mais n'insiste pas sur l'utilité de sa présence à la réunion. C'est là, à notre avis, une lacune qu'on ne trouve pas dans la loi de 1903. Le débiteur doit comparaître personnellement, dit l'article 12 ; il ne peut se faire représenter que « seulement en cas d'empêchement absolu, avec l'autorisation expresse du juge-délégué ».

Cette stipulation a été rapprochée de l'article 832 du Code de Commerce concernant le concordat de masse : le juge-commissaire peut, « pour des justes motifs », autoriser le débiteur à se faire représenter. Entre les deux textes, il y a une nuance nette ; « pour de justes motifs » dit-on ici ; en cas d' « empêchement absolu » prescrit la loi sur le concordat préventif ; il peut être,

en effet, amené à donner à ses créanciers des renseignements complémentaires sur son patrimoine, répondu à ses objections, compléter ou modifier ses propositions concordataires. Mais ce n'est pas là une nécessité inéluctable ; la situation d'ensemble est connue notamment par les deux rapports du curateur (article 4 de la loi de 1930) et le contrôle permanent de la délégation des créances. Le concordat préventif au contraire est examiné dans une atmosphère tout autre ; les créanciers se trouvent sans désespérer devant un débiteur dont ils ont à supporter l'activité commerciale, dans son passé, ses possibilités du moment, ses perspectives d'avenir. La présence personnelle du débiteur s'impose donc d'une manière particulièrement impérieuse et l'on conçoit que les dispenses soient exceptionnelles¹.

Les propositions sont donc présentées à la discussion des créanciers, elles peuvent consister soit en un octroi de délai, ou une remise partielle, soit en un ensemble complexe. La clause d'abandon d'actif n'est pas, comme on l'a dit, incompatible avec le but du concordat préventif ; la continuation de l'exploitation n'est pas le but essentiel de l'institution ; la seule condition exigée est la garantie d'un minimum de quarante pour cent.

Le calcul des majorités.

136. — L'article 10 du décret du 25 août 1937 fixe d'une manière pratique le mode de vérification des créances. Les créances contestées sont examinées sur-le-champ, le juge prend une décision provisoire qui permet le calcul des majorités, il peut arrêter le montant des créances au chiffre du créancier, ou du débiteur, ou à un chiffre intermédiaire ; le débat sera vidé ultérieurement conformément au droit commun. Par conséquent, cette solution se prête à un contrôle public du calcul des majorités par tout intéressé. L'article 10

1. NAVARRINI, tome II, page 330 et suiv.

aurait dû prévoir dans la procédure une phase antérieure à la déclaration du montant des créances à l'assemblée pour la première fois. Le greffier devrait en effet avoir pour mission d'inviter les créanciers à produire entre les mains du mandataire de justice, pour que celui-ci, à l'aide du débiteur, et au besoin sous la surveillance du juge-délégué, puisse préparer utilement le dossier du passif, et alléger ainsi le programme de la réunion ; certains tribunaux de commerce ont remédié à ce défaut par un règlement d'administration intérieure. Les dispositions du règlement sont adoptées si deux majorités sont acquises : majorité en nombre et deux tiers en sommes des créanciers dont les créances ne sont pas contestées ou sont admises par provision. Ceux qui n'ont pas pris part au vote sont réputés inexistants (art. 11 du décret).

137. — La solution italienne est plus complexe. « Le concordat préventif, dit l'article 14 de la loi de 1903, doit être approuvé par la majorité des créanciers votants, majorité qui représente les trois quarts de la totalité des créances non privilégiées ou non garanties par une hypothèque ou un gage. » Des stipulations analogues règlent l'intervention de ceux qui veulent renoncer à leurs hypothèques, gages ou privilèges, pour intervenir au concordat ; la renonciation peut être totale ; si elle est partielle, elle doit, d'après la loi de 1903, atteindre au moins un tiers. Les créanciers contestés peuvent voter comme les autres, mais ceci n'entraîne aucune reconnaissance implicite de leurs créances de la part du débiteur ; par conséquent, il n'y a pas d'admission provisionnelle. Les contestations sont simplement enregistrées dans le procès-verbal. L'article 15 exclut du calcul des majorités les créances de la femme du débiteur, de ses parents et alliés jusqu'au quatrième degré ; stipulation reprise dans son essence, nous l'avons vu au chapitre précédent, par l'article 16 de la loi du 10 juillet 1930. Ne prennent pas non plus part au vote les cessionnaires ou adjudicataires de ces créances dans l'année

de la demande du concordat : mesures destinées, dans l'esprit du législateur, à garantir la sincérité du vote. Il est logique de ne pas faire entrer toutes ces créances en ligne de compte pour la formation des majorités.

138. — Ceux qui acceptent le règlement apposent leur signature sur le procès-verbal de la réunion. Mais ici intervient le *vote par correspondance*, sur lequel la loi de 1930, on le sait, est restée silencieuse. Dans le calcul de la majorité des *sommes*, dit l'article 16 de la loi sur le concordat préventif, on tient compte des adhésions envoyées par télégramme, lorsque l'expéditeur a pu être identifié, ou par lettre, au juge-délégué ou au greffier dans les vingt jours qui suivent la clôture du procès-verbal de l'assemblée. Il y a là une originalité qui conduit d'ailleurs à une profonde différence ; le règlement français est voté définitivement, sinon à la première réunion des créanciers, du moins à la seconde (art. 12 du décret du 25 août 1937). Le juge italien doit attendre d'abord l'expiration du délai de vingt jours, puis il procède à l'examen des éléments variés qu'il a entre les mains ; c'est lui, le juge-délégué, qui décide en dernier ressort ; les majorités sont acquises ou elles ne le sont pas ; dans ce dernier cas, il prévient le Tribunal qui déclare automatiquement la faillite (art. 24 de la loi de 1930) ; ce texte est impératif ; nous n'en apercevons pas l'équivalent dans le décret du 25 août 1937 ; les commentateurs estiment que le tribunal doit à la protection des créanciers de déclarer la faillite ; ce n'est toutefois pas une obligation et, à notre époque de facilité et d'indulgence pour le débiteur, celui-ci peut espérer bénéficier de mesures de faveur renouvelées.

Quoi qu'il en soit, la vérification des deux majorités est réservée au juge-délégué (art. 24 de la loi de 1930), magistrat de carrière, d'un Etat systématiquement centralisé, ne l'oublions pas ; elle n'est pas, comme en France, publique, soumise par suite au contrôle des intéressés ; elle n'est pas non plus immédiate ; c'est une opération complexe en raison des exclusions et des

prohibitions. En pareille circonstance, la critique à l'air libre permet d'écarter toute interprétation tendancieuse; en cas d'échec du concordat, la solution française est nettement préférable.

L'homologation.

139. — Les majorités sont acquises, le juge-délégué l'a constaté, le tribunal fixe le jour de l'homologation ; le commissaire judiciaire fait un nouveau rapport ; le tribunal revoit les diverses phases de la procédure ; il peut refuser d'homologuer le concordat et, dans ce cas, il déclare d'office la faillite (art. 20 de la loi de 1930). S'il procède au contraire à l'homologation, il ordonnera en même temps le dépôt judiciaire du dividende revenant aux créanciers contestés : il ne faut pas, en effet, compromettre les garanties offertes pour le passif connu ; les contestations de créances peuvent donner des résultats imprévus ; le blocage des dividendes éventuels permet de parer à toute éventualité. Telles sont les grandes lignes de l'opération.

*
**

140. — Le débiteur et tous les créanciers peuvent intervenir au jugement d'homologation, même ceux qui s'y révèlent pour la première fois, les obligataires eux-mêmes ou leurs représentants. Le Tribunal n'ordonne aucune mesure d'instruction ; s'il a besoin d'être documenté, il entend en chambre du conseil le Commissaire-Judiciaire, en présence du débiteur et des créanciers intervenants. Le Tribunal doit vérifier si les formalités voulues par la loi ont été exactement remplies et si les deux majorités sont acquises (art. 19). Peut-il revenir sur la première phase du procès, sur l'admissibilité de la demande de concordat préventif,

demande qui a déjà fait l'objet de son examen ? Il n'est pas possible, dit-on, de revenir sur la décision inattaquable de l'article 4 de la loi de 1903, celle qui admet la demande initiale du débiteur, même si on constate que les conditions de base ne sont pas remplies : la seule solution possible est le refus de l'homologation. Si le Tribunal observe une nullité de procédure non imputable au débiteur, il ordonne que la procédure soit reprise à partir de la phase reconnue viciée ; si le défaut découvert est dû à la faute du débiteur, c'est la déclaration de faillite ¹.

D'autres questions encore ont été débattues. Entre la demande de concordat préventif et la déclaration de faillite, un créancier peut avoir reçu des coobligés une partie de sa créance ; doit-il déduire de sa production ce paiement partiel ? La jurisprudence a répondu par la négative ² en invoquant l'article 788 qui n'est autre que notre article 542. M. Navarrini soutient une opinion contraire, il voit en la circonstance l'application de l'article 790 dont le premier alinéa est exactement celui de l'article 544 du Code de Commerce français : la procédure du concordat préventif, dit en effet l'auteur italien, n'est pas celle de la faillite, les deux situations juridiques sont nettement distinctes. Le bénéfice du concordat préventif est réservé à ceux qui le méritent, c'est-à-dire aux « victimes irrépréhensibles des coups inattendus de la spéculation, à ceux qui ne sont pas responsables ni directement, ni indirectement, du désastre économique ; ces situations sont l'objet de l'appréciation souveraine des tribunaux, dont l'initiative et le libre arbitre ne sont limités par aucune formule légale. Le problème est plus délicat quand il s'agit de sociétés commerciales organisées. Quels sont les organes responsables auxquels on peut attribuer la faute de la déconfiture ? Et dont le tribunal devra par conséquent

1. NAVARRINI, tome II, page 336.

2. *Ibidem*, page 337.

apprécier l'activité et la bonne foi ? Est-ce l'assemblée des actionnaires ? Le conseil d'administration ? L'assemblée se proclame sans doute l'organe souverain, juge en dernier ressort de la marche des affaires sociales, mais pratiquement c'est le conseil d'administration, dit M. Navarrini, qui est le véritable arbitre des destinées de la société, et c'est sa conduite que le Tribunal appréciera.

141. — L'un des caractères principaux de la loi du 24 mai 1903 sur le concordat préventif est l'exigence d'un dividende minimum de quarante pour cent solidement garanti. En quoi consisteront ces garanties ? La loi laisse au Tribunal toute indépendance pour contrôler leur constitution ; elle n'exige pas les formes classiques de l'hypothèque ou du gage, ni la caution d'un tiers qui voudra monnayer son intervention, en alourdissant le patrimoine du débiteur. Il ne s'agit pas non plus de laisser au commerçant concordataire la pleine disponibilité de son patrimoine. La formule de garantie peut être cherchée dans une immobilisation ou un assujettissement ; c'est ainsi que la Cour de Cassation, dans un arrêt du 21 juillet 1932, a estimé que le précepte de la loi était observé, lorsque, le débiteur ayant loué son patrimoine à un tiers, les bénéfices de l'entreprise étaient bloqués pendant un certain temps dans un établissement de crédit, sous le contrôle d'un ou de plusieurs fidéjusseurs ou des créanciers.

Les effets du jugement d'homologation.

142. — « L'homologation rend le concordat préventif obligatoire pour tous les créanciers », dit l'article 25. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 28 juillet 1934, a estimé que la garantie fournie pour le concordat préventif jouait non seulement pour les créanciers présents et bien connus, mais encore pour les créanciers absents et inconnus, qui, bien qu'appartenant à la période antérieure à l'ouverture de la procédure du concordat, ont

fait affirmer leurs créances par jugement depuis la conclusion de ce même concordat. Mais la soumission au concordat n'enlève pas aux créanciers leurs droits contre les coobligés et les fidéjusseurs, qui peuvent d'ailleurs intervenir dans le jugement d'homologation pour présenter leurs observations.

Nous touchons ici du doigt une différence marquante entre le concordat préventif et le règlement amiable homologué. Celui-ci peut être accordé sans publicité préalable, mais alors il n'est opposable qu'aux créanciers qui sont intervenus. C'est une solution discutable, en opposition avec le caractère public dans l'intérêt général de tous les concordats ; nous y reviendrons plus loin.

D'autre part, en présence d'une société en nom collectif qui sollicite un concordat préventif, les créanciers ne peuvent pas poursuivre les associés pleinement responsables devant l'homologation du concordat. Mais, ensuite, les poursuites peuvent reprendre ; l'avantage obtenu par la société qui a obtenu son concordat se trouve ainsi particulièrement réduit. Dans la pratique on a cherché par des clauses à éviter cet effritement, mais leur validité était contestable. Aussi le projet définitif du Code de Commerce étend-il « aux associés dont la responsabilité est illimitée le bénéfice du concordat accordé à la société, sauf stipulation contraire ».

143. — L'article 24 soustrait le commerçant concordataire à l'autorité vigilante du commissaire-judiciaire, mais le débiteur n'est pas pour autant libéré de toute contrainte ; il ne peut pas, en effet, avant le parfait accomplissement des obligations contractées dans le concordat, aliéner ou hypothéquer ses immeubles, donner des gages et en général extraire un actif de son patrimoine d'une manière quelconque, sauf évidemment si les créanciers en ont décidé autrement avant l'homologation. Tout acte accompli à l'encontre de cette interdiction est nul à l'égard des créanciers antérieurs à l'homologation du concordat (art. 21). Cette disposition

a été vivement critiquée ; elle a été considérée comme un obstacle au plein développement de l'activité commerciale du débiteur, à son heureuse initiative ; elle paraît surabondante en présence d'un système de garanties déjà vérifié par le Tribunal. Elle est toutefois dans l'esprit autoritaire et dans la logique du législateur italien qui veut protéger la masse des créanciers contre les entreprises audacieuses ou maladroites du débiteur.

Le décret du 25 août 1937, animé d'un esprit différent qui n'arrive d'ailleurs pas à trouver sa véritable formule, se relâche, après l'homologation, des sévérités de son article 6, et autorise le tribunal, dans son article 15, « à maintenir ou désigner un ou plusieurs experts avec tous pouvoirs de contrôle jusqu'à l'exécution complète du règlement et avec mission de signaler au président du tribunal tout ce qui leur paraît anormal ; il peut également, dans les mêmes conditions, investir des mêmes pouvoirs et de la même mission, soit un ou plusieurs créanciers choisis par ceux-ci, soit le mandataire choisi par eux ». Ce programme est excellent ; il est dans la manière du législateur italien préoccupé de fixer une consigne détaillée aux agents du tribunal. Une directive n'a pas d'effet par elle-même, mais par l'énergie avec laquelle elle est appliquée ; or, nous sommes imprégnés d'un bout à l'autre de l'échelle sociale d'une politique d'atermoiement, de facilité, d'indulgence, de révision continuelle des contrats, de confusion, sinon de contradiction, et les fortes paroles comme les décrets innovateurs n'ont qu'une efficacité éphémère.

144. — La solution de l'article 16 est toujours préférable à celle de la loi sur le concordat préventif ; on doit faire confiance dans une certaine mesure au débiteur, puisqu'on l'a jugé de bonne foi, irresponsable de sa déconfiture ; il n'y a pas lieu de juguler, de l'empêcher par exemple de réaliser dans de bonnes conditions une partie de son actif. Aussi, le projet définitif du Code de Commerce italien précise dans son article 688 que

« depuis l'homologation du concordat, le commissaire-judiciaire conserve ses fonctions pendant tout le délai prescrit pour l'exécution, dans le but de surveiller la conduite du débiteur, la constitution et le maintien des garanties, le paiement des dividendes aux échéances fixées, et l'exacte observation de tout le pacte concordataire, en signalant au Tribunal tout cas d'inexécution ».

Les voies de recours.

145. — L'article 23 de la loi de 1903 stipulait que « tout jugement rendu dans la procédure de concordat préventif, était susceptible d'appel de la part du débiteur et des créanciers, y compris ceux qui n'étaient pas intervenus dans les phases antérieures de la procédure, dans un délai de 15 jours à partir de l'insertion d'un extrait du jugement dans un journal d'annonces légales... » Le deuxième paragraphe de cet article précise les délais de comparution devant la Cour.

La loi de 1930, article 24, a innové en déclarant que seulement pourraient interjeter appel au jugement d'homologation les créanciers opposants intervenus dans le premier jugement : la discipline se resserre dans l'intérêt de la simplicité de la procédure et sa rapidité. C'est la même règle que pour le concordat de masse (art. 17). Le législateur français a poussé plus loin le souci d'une procédure expéditive, car la vie commerciale a plus besoin d'action et de décision que de procès : le jugement qui homologue le règlement amiable n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel. Le jugement qui rejette le règlement n'est pas susceptible d'opposition, mais il peut être frappé d'appel, de la part du débiteur seulement ; c'est une mesure de faveur à son égard. L'appel, toutefois, n'est pas suspensif. Pratiquement la situation du débiteur n'est pas améliorée, car, si le Tribunal estime que le règlement amiable demandé doit

être refusé, le patrimoine est bien compromis, il ne reste plus qu'à déposer le bilan.

146. — Les auteurs italiens discutent, et la jurisprudence est assez hésitante, sur le point de savoir si le jugement repoussant le concordat et déclarant la faillite est susceptible d'opposition ou d'appel. L'exposé de cette question ne paraît pas rentrer dans le cadre de notre travail¹.

Il ne faut pas que l'opposition et l'appel soient un prétexte pour retarder le paiement des dividendes promis. La loi de 1930, fidèle à son esprit, a voulu parer à une pareille éventualité. Dans l'article 24, paragraphe 5, elle déclare que « de la date de l'homologation du concordat par le Tribunal, même si le jugement est l'objet de voies de recours, courront les délais fixés dans le concordat pour l'exécution des obligations contractées. Aux échéances fixées pour les paiements, si le jugement n'est pas encore définitif, les sommes dues devront être déposées dans un établissement de crédit désigné par le juge-délégué ».

La loi de 1903 édicte, dans les articles 26 à 31, des mesures spéciales pour les possesseurs des obligations émises par une société qui demande son concordat ; ils sont convoqués spécialement pour délibérer sur le concordat proposé ; procès-verbal de la réunion est dressé ; le vote par correspondance est autorisé dans les conditions déjà exposées ; la seule majorité en sommes — celle des deux tiers — est exigée ; deux groupes se forment, ceux qui approuvent le concordat nomment leur délégué, les dissidents choisissent le leur, les deux représentants interviennent au jugement d'homologation. Les porteurs d'obligations hypothécaires sont considérés comme des créanciers hypothécaires et ne sont pas convoqués².

1. Voir sur ce point notamment les références jurisprudentielles dans NAVARRINI, tome II, page 344.

2. Pour de plus amples développements, voir NAVARRINI, pages 346 et suivantes.

Annulation et résolution du concordat.

147. — « Sur l'instance d'un créancier quelconque, introduite avant le délai d'un an depuis le jugement qui homologue le concordat, le tribunal peut prononcer l'annulation et déclarer la faillite du débiteur, s'il est démontré qu'il a exagéré frauduleusement le passif ou dissimulé une partie importante de l'actif.

« Aucune autre action en nullité du concordat n'est admise depuis son homologation » (art. 32).

Les cautions qui n'ont pas participé à la fraude sont libérées de leurs obligations, les hypothèques et les autres garanties disparaissent. Toutefois ni le débiteur, ni les cautions ne peuvent répéter ce qu'ils ont déjà payé en exécution du concordat ; et le législateur se préoccupe dans l'article 33 de la « *par conditio creditorum* » dans la faillite.

L'article 18 du décret du 25 août 1937 prévoit l'annulation pour « dol ou pour fraude découverte depuis l'homologation ». Il ne prescrit aucun délai de rigueur. La formule est peut-être plus générale, elle ne cantonne pas le domaine d'application de l'annulation ; ce même article envisage expressément un cas particulier de mauvaise foi, la cession du fonds par le débiteur, au lendemain de l'homologation, au détriment de la masse. Mais il n'impose pas la déclaration de faillite comme conséquence logique de l'annulation. La loi italienne y pense naturellement, car elle sait que les rapports sont étroits entre le juge pénal et le tribunal de la faillite. Elle aurait pu porter à deux années le délai de prescription de l'action, car le caractère frauduleux de certaines opérations n'est assorti que d'une révocation à retardement.

*
**

148. — D'après l'article 34 de la loi de 1903, aucun créancier ne pouvait demander pour son propre compte

et dans son intérêt la résolution du concordat. Le problème de la résolution individuelle que nous avons examiné dans le concordat de masse ne se posait pas. Par contre, tout créancier, après avoir épuisé tous ses moyens contre le patrimoine du débiteur, contre les cautions ou les éléments d'actif donnés en garantie par les tiers, pouvait demander la déclaration de faillite. Tel était l'état de la question en 1930. La loi du 10 juillet 1930¹ a abrogé l'article 34 de la loi de 1903 et a stipulé « que la première partie de l'article 18 de la présente loi s'appliquait au concordat préventif » et que « dans le jugement de résolution, le Tribunal déclarait la faillite ». Or, l'article 18 permet, on le sait, au Tribunal de déclarer le concordat résolu et de prononcer la faillite, par un jugement rendu en Chambre du conseil, jugement d'ailleurs non susceptible de recours, à la demande d'un ou de plusieurs créanciers, du commissaire-judiciaire ou même d'office. Cette disposition est inspirée par le désir d'éviter les lenteurs d'exécution et de discussion des biens des cautions, procédure ayant pour effet d'amenuiser encore l'actif de la masse ; c'est pour cela également que le jugement de résolution n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel ; le patrimoine des créanciers est en danger ; pour le sauver on sacrifie le droit que pourrait avoir le débiteur ou tout autre de provoquer une autre sentence ; le législateur italien reste dans la logique des principes directeurs de l'institution : c'est toujours le *salus populi*...

Conclusion.

149. — Nous avons tenté, dans les grandes lignes, d'établir une comparaison entre le concordat préventif italien et le règlement amiable homologué créé par le décret du 25 août 1937 ; l'étude parallèle de ces deux procédures, qui est du plus vif intérêt, permet d'en faire

1. Art. 24, paragr. 6 et 7.

ressortir les tendances principales. Nous avons pu retrouver dans la construction italienne les mêmes principes fondamentaux qui ont inspiré le législateur de 1930. Il ne faut pas oublier toutefois que l'organisation des tribunaux italiens, peut, à nos yeux, présenter un danger : les tribunaux de commerce italiens ont été supprimés en Italie par la loi du 25 janvier 1888 ; nous sommes donc devant les tribunaux civils. Cette concentration de pouvoirs risque de favoriser l'esprit du système lorsque les institutions politiques s'y prêtent. La juridiction consulaire française ne s'insère pas dans une semblable hiérarchie, et cette indépendance, relative d'ailleurs, favorise le libre essor du commerce.

150. — Le règlement amiable homologué n'a pas la physionomie nette, les contours précis du concordat préventif ; il porte d'abord « un faux nom » : c'est un règlement qui « tire son autorité d'un jugement qui s'impose même aux créanciers dissidents ¹ » ; si le règlement est homologué, il est judiciaire, et non point amiable. Sous la pression de préoccupations contradictoires, la logique a fui de cette expression. On aurait pu se préoccuper moins de ménager la susceptibilité du débiteur, et davantage de lui procurer des satisfactions substantielles, en prévoyant par exemple, dans les conditions où le prévoit le concordat préventif, l'arrêt du cours des intérêts. La nouvelle procédure supprime les incapacités et les déchéances de la faillite, et dans la mesure du possible, les mesures de défiance et de contrainte ; elle suppose chez le débiteur une bonne volonté entière, et lui fait largement confiance. Le véritable objectif du décret, qui est loin d'avoir été atteint, paraît être celui-là ; chez certains législateurs, le souci de ne pas porter atteinte à la personnalité civile et civique du débiteur est devenu une véritable obsession, l'intérêt des créanciers étant une préoccupation tout à

1. « Traité des faillites, des banqueroutes et des liquidations judiciaires », par J. PERCEROU, tome III, n° 1796.

fait secondaire. Telle n'était pas, certes, l'intention du législateur du 25 août 1937 ; mais il n'a pas, à notre avis, réalisé une technique qui satisfasse à la fois les légitimes désirs du débiteur et des créanciers, les exigences élémentaires de la vie commerciale en général ; il n'a pas su, ou n'a pas osé, être radical dans sa tentative de réforme.

*
**

151. — C'est d'abord l'arrêt du cours des intérêts à l'encontre des créances non garanties ; le concordat préventif l'a réalisé. Le débiteur qui est sur le point de demander l'ouverture d'une procédure judiciaire a toujours une lourde charge d'intérêts provenant de traites protestées, de jugements exécutoires, de prêts sur simples billets : la légère marge de bénéfice qu'il peut avoir ainsi est absorbée. Arrêter ces intérêts constituerait un allègement certain. Pourquoi ne pas l'avoir fait ? L'intérêt des créanciers ? Mais, ils seraient bien aises d'avoir seulement la certitude, dans un avenir pas trop lointain, de toucher une fraction du principal. Cette mesure aurait un effet bienfaisant réciproque incontestable. Et les créanciers hypothécaires ? L'article 13 du projet voté par la Chambre des Députés, le 18 juin 1937, envisageait la réduction à 4 pour cent des intérêts des créanciers gagistes pendant toute la durée du règlement. Certaines chambres de commerce ont estimé que cette limitation se retournerait en définitive contre l'activité commerciale elle-même. Nous ne partageons pas tout à fait cette conception ; le crédit hypothécaire est déjà gravement compromis par la floraison des privilèges généraux qui depuis vingt ans sont venus allonger le texte de l'article 2101 du Code civil et la multiplicité des privilèges fiscaux. On ne prête plus aux commerçants qu'avec circonspection ; le fait de réduire à quatre pour cent l'intérêt hypothécaire non seulement pendant toute la durée du règlement, mais même jusqu'à l'exigibilité de la créance, n'était

guère compromettant ; le législateur eût dû toutefois intégrer cette disposition partielle dans une réforme générale réduisant le loyer de l'argent : facilité pour le débiteur et plus grande probabilité du paiement de l'intérêt pour les créanciers et du paiement des dividendes pour les autres ; les prêteurs commencent en effet à se rendre compte qu'un intérêt usuraire cesse rapidement d'être servi. Il eût mieux valu appeler par son vrai nom la procédure du 25 août 1937, par exemple « règlement préventif homologué » ou « concordat préventif judiciaire », et donner au débiteur des avantages positifs ; de pareilles étiquettes à l'heure actuelle ne trompent plus personne, c'est l'insolvabilité affichée sur la place publique. Le monde des affaires est rompu à ces subtilités de langage ; l'homme de la rue, nous l'avons déjà dit, n'y voit que de la faillite.

152. — Même préoccupation symbolique dans le caractère secret de la procédure lorsque le Tribunal juge à propos (art. 5) ; le caractère facultatif de la publicité conduit à créer deux catégories de créanciers ; ceux auxquels le règlement est opposable et les autres ; situation bizarre, confuse et sans netteté, préjudiciable même à l'économie générale ; il est utile que le public soit prévenu de l'anémie — momentanée, souhaitons-le — de l'entreprise, et que des précautions puissent être prises dans les rapports commerciaux de l'avenir. Or, la loi italienne de 1903 rend la publicité obligatoire.

Mais l'erreur fondamentale psychologique et technique du décret du 25 août 1937 réside dans l'article 19 qui prévoit la demande en révision du règlement. C'est une innovation profonde, génératrice d'incertitude et même d'anxiété pour le débiteur, et tendant à une restriction des crédits. L'obtention du concordat, après la période de tension qui précède cette phase de procédure, produit chez le failli, ou le liquidé, un effet d'apaisement. Il sait enfin quelle fraction de passif ancien il devra éteindre. Par contre, s'il travaille avec une épée de Damoclès, qui aurait pour effet de grossir

ses charges devant un rétablissement rapide et brillant, il n'a pas la tranquillité d'esprit indispensable au libre essor de son entreprise. Est-ce cela que le législateur de 1937 a voulu ? Devant cette éventualité, le débiteur a tôt fait d'oublier les prévenances du début, il n'est plus reconnaissant. Et un prêteur, quel qu'il soit, devant un passif arrêté sous condition suspensive, n'hésitera-t-il pas, les possibilités de remboursement diminuant avec une augmentation brusque du passif ? Les conséquences d'application du décret et notamment de l'article 19 ont été mises excellemment en relief par M. Paul Béguin, dans la *Gazette du Palais* du 14 septembre 1937.

159. — Le concordat préventif italien insiste sur les garanties des conditions du règlement, soit que ces garanties soient fournies par des tiers, soit qu'elles se trouvent dans un patrimoine non encore épuisé. Il fixe également un minimum de 40 pour cent. Sinon, c'est la disparition de l'entreprise au profit d'un sang nouveau. C'est ce qui s'appelle songer positivement à la protection des créanciers. Notre règlement « repose, observe M. Paul Béguin, sur une idée de confiance très large faite au débiteur » ; les créanciers sont dignes d'un meilleur sort ; on songe, malgré soi, aux soldats de l'an II ; les créanciers se contenteront d'une monnaie de promesses qui bercera et lassera leurs espérances. Le caractère individualiste du commerçant français répugne à une solution judiciaire d'ensemble ; avant de s'y résoudre, il a déjà épuisé en général les mesures de protection que la loi met abondamment à la disposition du débiteur malheureux et de bonne foi ; article 1244 du Code civil, loi du 25 mars 1935, décrets du 25 août 1937, du 31 août 1937, loi du 29 juin 1935 ; du 17 juillet 1937, etc... Il a épuisé aussi tous ses moyens de crédit, et il va au règlement amiable homologué avec un bilan de faillite ; de garantie, il n'en a pas et n'en trouvera plus. Le législateur s'est certainement rendu compte de cette physionomie d'ensemble, et c'est pour cela sans doute qu'il n'a parlé ni de garantie,

ni de minimum. Or, si une telle loi ne peut pas créer de l'actif là où il n'y en a pas, elle oblige le débiteur à être prévoyant.

154. — La perspective d'un minimum à atteindre obligatoirement aurait ainsi, à notre avis, des effets bien-faisants. Elle réhabiliterait l'institution aux yeux de tous les intéressés ; elle obligerait le commerçant à réfléchir à l'évolution de son patrimoine, à s'y prendre à temps pour demander l'intervention du Tribunal, à avoir le courage d'annoncer à ses créanciers la dure nécessité où il se trouve acculé ; car ceux qui sont dans la confiance ne manquent pas de dissuader le débiteur, espérant, dans l'intervalle, se faire intégralement payer au détriment des moins informés. Dans l'état actuel de nos mœurs commerciales, le règlement amiable homologué, la liquidation judiciaire, la faillite sont des procédures s'appliquant à des patrimoines ravagés, des entreprises désormais économiquement impuissantes, et elles doivent conduire logiquement à la seule solution rationnelle : l'union.

L'application qui a été faite de la première de ces trois procédures semble indiquer qu'elle a manqué son but, elle s'est révélée comme une piqûre de morphine permettant au malade de durer quelques heures encore. C'est, on l'a vu, une construction hétérogène ne donnant aux créanciers aucune garantie de paiement, au débiteur qu'un apaisement incertain ; il est à prévoir qu'elle disparaîtra de notre technique juridique. Le règlement amiable homologué est d'ailleurs en train de faire faillite.

CHAPITRE VI

LA PROCEDURE DES PETITES FAILLITES

LE BUT

155. — Elle a été instituée par la même loi qui a supprimé la surséance et établi les règles du concordat préventif, la loi du 23 mai 1903, dans les articles 36 à 42, au profit des entreprises dont le passif est peu important ; la limite de ce passif était d'abord fixé à cinq mille lres par l'article 36 : « Le commerçant dont les dettes commerciales et civiles ne dépassent pas dans leur ensemble cinq mille lres peut demander, au président du tribunal dans le ressort duquel il a son établissement commercial, la convocation de ses créanciers... » Le plafond du passif a été porté de 5.000 lres à 20.000 lres par l'article 25 de la loi du 10 juillet 1930.

Une procédure spéciale pour les entreprises modestes est une nécessité économique ; la procédure classique peut être sans inconvénient dépouillée d'une partie de ses formalités, de l'intervention de la délégation des créanciers, par exemple lorsque le patrimoine, dans son actif, son passif, ses vicissitudes, ses litiges, peut être rapidement analysé et jugé. Le législateur a voulu faire une œuvre utile en rendant la procédure plus rapide, moins coûteuse, plus simple, pourvue de sanctions moins sévères ; en la maintenant en même temps dans le cadre de la faillite sans en altérer le fond et les tendances ; mais cet effort n'a pas été exempt de critiques.

156. — Et, sans aller plus loin, dans l'analyse des six

articles de la loi de 1903, nous touchons immédiatement du doigt un point névralgique : quel est le critérium du petit commerçant ? Est-ce le montant du passif ? Est-ce la nature de l'activité ? Le projet de réforme du Code de Commerce parle dans son article 8 de « métier et de petit négoce ». Les uns se basent sur un minimum d'impôts directs à payer, les autres sur un chiffre d'affaires mensuel qui ne dépasserait pas une certaine limite, par exemple 500 livres, un sur l'importance de l'actif. Chaque solution a ses avantages ; mais ne saurait être admise celle qui suppose une comptabilité strictement tenue ; les exigences du fisc doivent s'atténuer, sinon disparaître complètement devant les entreprises où le chef, absorbé par sa tâche quotidienne, n'a ni le temps de tenir des livres, ni les moyens de s'adjoindre ou de se payer un comptable.

Les grandes lignes.

157. — La présentation de la demande, dit le deuxième paragraphe de l'article 36, produit les mêmes effets que les articles 7, 8 et 9, prescrivant notamment, dans la procédure du concordat préventif, la suspension des mesures d'exécution, la conservation par le débiteur de l'administration de ses biens. Le président du Tribunal nomme un commissaire judiciaire, qui remplira ses fonctions sous la direction, non point d'un juge-délégué, comme sous le régime du concordat préventif ou de la faillite, mais du juge de paix. Convocation des créanciers dans les trente jours, rapport du commissaire sur la situation économique du débiteur et son honorabilité commerciale, puis présentation des propositions du concordat ; rien d'original dans le développement de ces modalités successives. Des contestations peuvent s'élever : le juge de paix s'efforce de les concilier ; en cas d'échec, il tranche comme un arbitre amiable compositeur. Les créanciers délibèrent, les majorités en voix et en sommes sont celles du con-

cordat préventif, le vote par correspondance est admis (art. 37). Si les majorités sont acquises, le concordat est acquis de plein droit ; il doit être exécuté par le débiteur et les cautions. Le procès-verbal de la séance, rédigé par le greffier du Juge de Paix, est publié conformément à l'article 912 du Code de Commerce, et communiqué au Procureur du Roi, accompagné par un rapport du commissaire judiciaire. L'action pénale pour banqueroute ne peut être exercée qu'au cas de banqueroute frauduleuse : c'est la suppression des sanctions concernant la tenue des livres de commerce. Les créanciers conservent l'intégralité de leurs droits vis-à-vis des cautions (art. 38).

158. — Les propositions concordataires peuvent être refusées ; le débiteur peut d'ailleurs s'abstenir d'en faire. Dans les deux cas, liquidation et distribution de l'actif, comme en cas de faillite, par le commissaire-judiciaire ou la personne désignée par la majorité des créanciers, suivant les modalités fixées par cette assemblée ou suivant les formes prescrites pour la vente des biens des mineurs (art. 39). L'indemnité due au commissaire judiciaire est liquidée par le juge de paix. Le concordat peut être annulé pour les mêmes motifs que le concordat préventif, et en outre si le débiteur commet l'un des délits prévus par l'article 816 du Code de Commerce : faux, vol, escroquerie, malversation, etc... Les actes de cette procédure bénéficient de certaines exemptions fiscales (art. 41). Si, durant la procédure et avant le vote du concordat, on constate que le passif dépasse 20.000 livres, le juge de paix se dessaisit de l'affaire au profit du tribunal qui procède alors conformément aux articles 3, 4 et 10 de la loi de 1903, relatifs à l'examen et à l'admission de la demande de concordat préventif.

159. — Les articles 42 et 43 de cette loi contiennent des dispositions communes aux petites faillites et au concordat préventif. Si la faillite est déclarée, et si, au cours des opérations, on constate que le passif n'atteint

pas le plafond légal, la faillite peut être rapportée sur la demande du débiteur, du curateur, ou de tout intéressé. Le jugement de rapport est publié comme celui qui déclare la faillite, il nomme le commissaire judiciaire et ordonne la remise à ce mandataire de la justice de tous les documents existant au greffe ou entre les mains du curateur (art. 42). Les effets du jugement de faillite concernant la personne et le patrimoine du débiteur sont suspendus, la masse est dissoute, le débiteur reprend la direction de son entreprise avec le dessaisissement atténué que nous avons rencontré dans le concordat préventif.

De quelques remarques sur l'application de la loi ¹.

160. — La procédure des petites faillites est-elle applicable aux sociétés commerciales ? L'opinion dominante est négative. Mais les associés indéfiniment responsables peuvent-ils en bénéficier ? L'article 847 du Code de Commerce stipule que « la faillite d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite entraîne aussi la faillite des associés responsables sans limite ». La logique impose, dit Bonelli, que si la société ne peut pas éviter la faillite, les associés suivent le même sort. Et, ajoute-t-il, la simplicité de la procédure exige en raison de l'interprétation du patrimoine social et des patrimoines particuliers, qu'ils soient soumis à une même procédure, et non point à des règles différentes suivant que le passif serait inférieur ou supérieur à 20.000 livres. Il s'agit naturellement du passif total, non point de l'excédent du passif sur l'actif ; et si la présentation des livres n'est pas exigée, le président du Tribunal sera obligé de s'en rapporter aux déclarations du débiteur, quitte à déclarer la faillite si le passif se révèle supérieur à ce chiffre.

161. — La procédure des petites faillites présente de grandes analogies avec celle du concordat préventif ;

1. NAVARRINI, *op. cit.*, pages 39 et suiv.

l'article 36 se réfère aux articles 7, 8 et 9 de la loi de 1903, ceux qui traitent de la suspension des mesures d'exécution, du maintien du débiteur à la tête de son entreprise et de la nullité, par rapport à la masse, de certaines opérations. La Cour de Cassation a même rendu, tout récemment — le 24 juillet 1934 — un arrêt aux termes duquel, pour une créance de loyer, on ne pouvait pas poursuivre les biens mobiliers d'un commerçant soumis à la procédure des petites faillites. L'exception peut être soulevée non seulement par le commissaire-judiciaire dans l'intérêt de la masse, mais encore par le débiteur.

162. — Le Juge de Paix, on le sait, est nanti, pour la vérification des créances, de pouvoirs que ne possède pas le Juge-délégué ; il tranche finalement comme arbitre amiable compositeur ; il convient en effet d'accélérer les formalités préliminaires, et juger en équité plus qu'en droit strict. Mais quel est le domaine de ces contestations ? La compétence en dernier ressort du juge de paix s'étend-elle, non seulement aux créances contredites, mais encore aux difficultés concernant par exemple les règles générales de la procédure ? Deux opinions paraissent s'affronter : d'après l'une, il y aurait les litiges résolus définitivement par le juge de paix, comme les contestations de créances, et un autre groupe d'affaires qui suivrait les étapes successives de droit commun. Les partisans de la rapidité et de la simplicité de la procédure soutiennent au contraire que l'article 37, visant les « contestations qui pourraient surgir », doit être interprété dans un sens large, englobant les différends de toute nature, au sein de la masse des créanciers, mais non point ceux existant entre cette masse et les tiers étrangers. Il n'y a pas, notamment, à prévoir les actions en nullité de la fixation d'une période suspecte, puisque nous n'avons pas de déclaration de faillite.

163. — L'homologation du concordat par le Tribunal est une phase obligatoire du contrat préventif ; la procédure des petites faillites ne comporte pas cette forma-

lité ; le juge de paix n'a pas de consentement à donner, de rapport à faire, il constate la coexistence des majorités que nous connaissons — majorité en nombre et deux fois en capitaux — et enregistre simplement les résultats obtenus. Les adhésions parvenues après l'assemblée, par lettre ou télégramme, et pendant un délai qu'il fixe lui-même, comptent non seulement pour la majorité en sommes, mais encore pour le calcul du nombre de voix ; nous nous rappelons que, dans la procédure du concordat préventif, les acceptations tardives n'influaient que sur le montant des capitaux. L'obtention du concordat est constatée dans le procès-verbal de la réunion. La décision du juge de paix ne vaut que « pour les créanciers connus et ceux qui sont intervenus dans le calcul des majorités. Les autres ont le droit de réclamer l'intégralité de leur créance, mais seulement après que les premiers ont obtenu le dividende promis du débiteur ou de sa caution ». Cette thèse soutenue par Bollafio est combattue par Navarrini : l'effet obligatoire à l'égard de tous les créanciers — tel qu'il existe dans le concordat de masse et le concordat préventif — prend sa racine non seulement dans l'homologation, mais aussi dans l'intervention du juge ; or, en la circonstance, elle se révèle plus pénétrante, plus complète dans la direction des opérations. Et, d'autre part, comment justifier l'obligation, pour les créanciers restés en dehors de la procédure, d'attendre l'exécution du pacte concordataire avant de pouvoir prétendre à la totalité de ce qui leur est dû ? L'auteur italien estime qu'au point de vue économique ce serait là une mesure étrange. Et si ces créanciers avaient le droit, sans autre formalité, d'exiger l'intégralité, au lendemain du concordat, ils rendraient celui-ci impossible à observer. Conclusion : le caractère obligatoire pour tous s'impose ici comme pour le concordat de masse ou le concordat préventif.

164. — On attire l'attention sur un autre point de la loi sur les petites faillites : le concordat peut être annulé pour les mêmes causes que le concordat préventif et

résolu pour inexécution. Mais quelle est l'autorité qui se prononce ? Le juge de paix ou le tribunal ? La loi est muette sur ce point.

Le commissaire-judiciaire a une mission bien définie jusqu'au concordat ; si celui-ci est refusé, annulé ou résolu, la procédure entre dans une autre phase : la réalisation de l'actif (art. 39), qui n'est pas autre chose qu'une liquidation de faillite ; le commissaire est, en général, le liquidateur. La loi se montre laconique sur cette *venditio bonorum*. L'article 42 stipule, en effet, « qu'avec la promulgation de la présente loi restent abrogées les dispositions du Code de Commerce relatives à la surséance, et que les commerçants dont le passif total ne dépasse pas 5.000 liras — chiffre porté à 20.000, on le sait, par la loi du 10 juillet 1930 — ne seront plus soumis à la procédure de la faillite ». Mais, quel sera donc leur sort dans notre hypothèse ? L'article 39 répond à cette question : « Le débiteur est considéré comme un failli ». « Il n'y a pas contradiction dans ces deux textes : le législateur a voulu éviter les formalités ordinaires de la faillite, mais non point les effets personnels et patrimoniaux. Toutefois, il ne peut pas y avoir de report de la date de la cessation des paiements, et partant pas de période suspecte, ni d'actions en nullité prévues par les articles 707 et 708 du Code de Commerce¹. Le mécanisme de cette loi est subordonné à l'établissement d'un fait unique : l'existence d'un passif inférieur à 20.000 liras. L'appréciation de cette circonstance est parfois délicate, notamment si certaines créances sont contestées par le débiteur².

165. — Ces quelques observations font ressortir les difficultés d'interpénétration que ne pouvait pas manquer de présenter une loi en six articles, et les auteurs italiens n'ont pas manqué de souligner l'urgente néces-

1. Voir sur cette question les références jurisprudentielles et doctrinales dans le traité de M. NAVARRINI, page 365, notes 3 et 4.

2. *Ibidem*, pages 365 et 366.

sité d'une réforme. L'élévation du plafond du passif de 5.000 à 20.000 liras a été considéré par l'un d'entre eux, Bolaffio, comme une « large dose d'oxygène administrée à un organisme en déliquescence par suite d'une excessive ancienneté de service ¹. » Le rôle des juges de paix, dit-il, véritable tour de Babel d'affaires nombreuses et diverses, fastidieuses et complexes, n'a pas besoin d'être encore surchargé par des procès de cette nature, et l'atmosphère de ce prétoire ne se prête pas à l'administration sereine et apaisante des procédures de concours. Ces magistrats en effet, dont les fonctions sont incontestablement bienfaisantes au point de vue social, sont étrangers au dynamisme de la vie commerciale.

Une institution nouvelle : la procédure sommaire.

160. — Elle a été intégrée dans le projet de réforme du Code de Commerce sous les articles 889 à 906.

« Art. 889. — Si, du bilan présenté par le failli et des documents subséquents, il appert que l'actif de la faillite ne dépasse pas 25.000 liras, le Tribunal peut ordonner que les opérations de la faillite se déroulent suivant la *procédure sommaire*.

La même procédure peut être prescrite par le Tribunal à la demande des créanciers convoqués à cet effet par le Juge-délégué, après une délibération prise à la majorité des sommes, le curateur entendu, si le Tribunal estime vraisemblable que le dividende à répartir ne dépasse pas dix pour cent. »

L'article 890 précise les différences entre la procédure sommaire et la procédure de faillite ordinaire : certaines publications dans les journaux sont supprimées ; les délais sont fortement réduits ; l'apposition des scellés n'a pas lieu ; la délégation de surveillance n'existe pas, les contestations de créances sont résolues

1. BOLAFFIO, « Rivista dir. proc. civ. », 1934, I, 300.

par le juge-délégué ; dans la liquidation de l'actif, on adopte normalement le système de la vente amiable ; on ne fait qu'une seule répartition et le juge-délégué est compétent pour trancher les controverses autres que les contestations de créances. Les articles suivants donnent le détail du jeu.

La difficulté n'est pas tant dans la simplification de la procédure que dans la détermination exacte de la catégorie des bénéficiaires de l'institution. La limitation du passif à 20.000 livres ne constituait qu'une frontière approximative. Le projet s'efforce de circonscrire le groupe des intéressés ; il énumère les professions, il fixe un maximum d'actif. Mais ici des difficultés pourront se révéler ; sur quelle base va-t-on évaluer cet actif ? S'agira-t-il de la valeur d'immobilisation ? de la valeur d'exploitation ? du résultat probable d'une réalisation totale ? Cette dernière interprétation peut soulever de multiples difficultés ; le résultat dépend de l'état du marché, il subit pour une même profession des variations saisonnières, il dépend de la situation économique locale, nationale, internationale, même, malgré le caractère modeste de l'exploitation : le prix de toute marchandise est soumis, en effet, à l'ensemble de ces conjonctures. Un actif peut avoir été imposant et s'amenuiser ensuite à des chiffres insignifiants, le passif restant élevé. L'actif peut rester intact et perdre de sa valeur : c'est le cas d'un matériel surclassé par des machines plus modernes. Tout critérium d'ailleurs, dans ce domaine délicat, a ses tares, il appartient au Tribunal de faire un emploi judicieux de l'instrument imparfait, qui sera perfectionné après des essais raisonnables ; il en est ainsi de toute technique.

* * *

167. — Il nous paraît superflu de retracer dans tous leurs contours les phases de la déconfiture organisée des petits commerçants ; nous nous bornerons à en mettre en relief les dispositions originales.

Requête au Tribunal — spontanée ou non — avec proposition, nomination d'un commissaire-séquestre qui fait inventaire, convocation des créanciers, juge-délégué, suspension des poursuites, fixation provisoire du passif, vote à la majorité des deux tiers des sommes seulement, homologation par le juge-délégué, opposabilité à tous les créanciers ; en cas d'inexécution, chaque créancier rentre dans tous ses droits. En cas de rejet ou à défaut d'homologation, liquidation immédiate par le commissaire. Le Juge-délégué est le grand maître de la procédure et des contestations ; voilà le schéma.

168. — Le petit commerçant est dispensé de la tenue des livres de commerce, sauf du livre d'inventaire. Le commissaire est autorisé, sous sa propre responsabilité, à laisser le débiteur continuer son exploitation. Celui-ci peut, d'ailleurs, comme dans le concordat préventif, abandonner l'ensemble de ses biens à ses créanciers et cette réalisation est assortie des mêmes précautions. Il y a toutfois, entre les deux procédures, des différences essentielles : le concordat préventif a pour but d'éviter une déclaration de faillite qui peut être prononcée même d'office ; or, la déclaration de faillite d'office d'un petit commerçant est supprimée. Il suffit que le Tribunal se rende compte de la qualité de petit commerçant d'un débiteur, pour écarter toute demande en faillite, et ordonner l'ouverture de la procédure des petites déconfitures, même si l'intéressé, convoqué en chambre du conseil, se refuse à faire une proposition quelconque. Toute fraude, sciemment consommée par le débiteur, est sanctionnée par la faillite, condition juridique indispensable à une condamnation pour banqueroute. Il n'y a aucune exclusion de vote pour liens de parenté. La seule majorité en sommes est exigée ; cette nouveauté radicale s'explique ; la majorité en nombre était traditionnellement admise pour éviter l'influence dominatrice des gros créanciers. Par définition ce risque n'existe pas ici.

169. — Pas de jugement d'homologation ; le juge décide sur le siège irrévocablement. Le commissaire-judiciaire continue son vigilant contrôle jusqu'à la complète exécution des engagements. La mission du Juge-délégué est totalitaire : « Il est chargé de la procédure tout entière, décide des contestations de créances, est juge de toutes les questions qui concernent la liquidation, la fixation définitive des créances contestées, la répartition proportionnelle des biens entre les créanciers concourants, compte tenu des droits de préférence. L'honoraire dû au commissaire est dans tous les cas fixé par le juge. Les décisions et les mesures prises par le juge ne sont pas susceptibles de voies de recours. » Le projet de loi se termine par l'énumération d'avantages fiscaux (art. 906).

*
**

170. — La procédure des petites faillites instituée par la loi du 24 mai 1903 modifiée par la loi du 10 juillet 1930, la procédure sommaire présentée dans le projet de réforme du Code de Commerce, traduisent, chez le législateur italien, la préoccupation d'éviter les longueurs et la complexité de la procédure ordinaire de la faillite, aux petits patrimoines ; il va même plus loin : il veut supprimer le mot même de « faillite » et le remplacer par un terme qui ne soit pas infamant, la déconfiture. On ne peut qu'approuver cette tendance. Et dans notre droit commercial, il y a une large place à faire pour une construction juridique de même nature : elle s'appliquerait heureusement à l'artisanat, aux fortunes modestes ; elle serait un stimulant de l'esprit d'entreprise ; le créancier éventuel, fournisseur de matières premières ou de marchandises serait incité à un crédit plus large par la perspective d'une procédure rapide, adaptée à la situation, et génératrice d'une solution prompte de la déconfiture éventuelle, surtout si le

bénéfice de la loi était lié à un certain pourcentage minimum. La « procédure sommaire » italienne a négligé ce dernier élément qui est une des pièces maîtresses du concordat préventif.

VU ET APPROUVÉ :
Le Président de la thèse,
JEAN ESCARRA.

VU :
Le Doyen,
G. RIPERT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
G. ROUSSY.

PRINCIPALES REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- « *Trattato di Diritto Fallimentare secondo la nuova legislazione* » par Avv. Umberto NAVARRINI, professore ordinario di diritto commerciale nella Regia Università di Roma, 1935.
- « *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires* », par J. PERCEROU, Professeur de Droit Commercial à la Faculté de Droit de Paris et au Conservatoire National des Arts et Métiers, 2^e édition, avec la collaboration de M. DESSERTAUX, professeur à la Faculté de Droit de Dijon, 1937.
- « *Fallimento et concordate preventive* », manuale pratico, 4^e edizione, par Avv. Cesare BALDI, 1937.
- « *Codice di Commercio* », *sedicesima edizione*, dal. Prof. L. FRANCHI, della R. Università di Torino, 1937.
- « *Codice di Commercio per gli stati di S. M. IL RE DI SARDEGNA* », 1843.
- « *La faillite d'après le Droit romain* », monographie juridique par S. VAINBERG, 1874.
- « *Code de Commerce italien* », par Edmond TURREL, 1892.
-

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

CHAPITRE I. — Conception italienne de la faillite	3
CHAPITRE II. — Observations générales et plan	17

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I. — L'administration de la faillite et la loi du 10 juillet 1930.	25
CHAPITRE II. — La liquidation du passif.	55
CHAPITRE III. — La liquidation de l'actif.	69

DEUXIÈME PARTIE

LES SOLUTIONS DE LA FAILLITE

CHAPITRE I. — La clôture de la faillite	85
CHAPITRE II. — La cessation de la faillite	90
CHAPITRE III. — Le concordat dans la faillite italienne . . .	95
CHAPITRE IV. — Le concordat de masse	101
CHAPITRE V. — Le concordat préventif	134
CHAPITRE VI. — La procédure des petites faillites	179
PRINCIPALES RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES	191

IMPRIMERIE
HERISSEY
: EVREUX :